

Poder Judicial

N° 129

ISSN 2215-2377

# Revista Judicial

*“Con Homenaje al Departamento de Artes Gráficas en su 50 Aniversario”*



# REVISTA JUDICIAL

ISSN 2215-2385

Nº 129

Diciembre 2020

## DIRECTORA

Dra. Vilma Alpízar Matamoros  
Revista Judicial. Escuela Judicial. Poder Judicial

## CONSEJO EDITORIAL

Presidencia del Consejo Editorial  
Licda. Rebeca Guardia Morales,  
directora a.i. Escuela Judicial

## Suplente

Licda. Kattia Escalante Barboza  
Subdirectora a.i. de la Escuela Judicial

Dra. Shirley Víquez Vargas  
Integrante Consejo Directivo Escuela Judicial.  
Poder Judicial

M.Sc. Raymond Porter Aguilar  
Juez del Tribunal Penal III Circuito Judicial.  
Poder Judicial

M.Sc. Xinia Fernández Vargas  
Secretaría Técnica de Género.  
Poder Judicial

MBA. Magdalena Aguilar Álvarez  
Coordinadora del Área de Servicios Técnicos  
Escuela Judicial

MSc. Diego Benavides Santos.  
Juez Tribunal de Familia.  
Poder Judicial

## SUPLENTES

M.Sc. Yerma Campos Calvo.  
Jueza de Familia, Niñez y Adolescencia.  
Poder Judicial

M. Sc. Fabián Arrieta Seglau.  
Centro de Apoyo, Coordinación y Mejoramiento de la  
función jurisdiccional  
Poder Judicial

MBA. Marisol Barboza Rodríguez  
Especialista en métodos de enseñanza.  
Escuela Judicial



## **REVISTA JUDICIAL**

**Nº129**

**Fundada en 1976**

**ISSN: 2215-2385**

**Edición preparada por la Escuela Judicial  
Poder Judicial**

**Publicación semestral**

**revistajudicial@poder-judicial.go.cr**

### **DIRECTORA/EDITORIA**

Vilma Alpízar Matamoros  
valpizar@poder-judicial.go.cr  
valpizar@yahoo.com

### **Diseño de la portada:**

Raúl Barrantes Castillo

### **Diagramación e Impresión:**

Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial

### **Colaborador:**

Román Bresciani Quirós

### **Revisión filológica de los artículos:**

Licda. Irene Rojas Rodríguez

**© Edición aprobada por el Consejo Editorial  
de la Revista Judicial**

### **CANJE**

Sistema de Bibliotecas Escuela Judicial  
San Joaquín de Flores, Heredia  
Ciudad Judicial  
Teléfono: 2267-1541

### **CORRESPONDENCIA Y SUSCRIPCIONES:**

Revista Judicial, Escuela Judicial:  
revistajudicial@poder-judicial.go.cr

### **DIRECCIÓN SITIO WEB REVISTA JUDICIAL**

[http:// www.poderjudicial.go.cr/revistajudicial/](http://www.poderjudicial.go.cr/revistajudicial/)

### **CORREO ELECTRÓNICO:**

revistajudicial@poder-judicial.go.cr

**AVISO LEGAL:** La Revista Judicial no se hace responsable de las opiniones que expresan las personas colaboradoras, y en ningún caso representan la opinión de la revista o del Poder Judicial. Cada autora u autor se hace responsable de que su artículo sea inédito y original.

Prohibida la reproducción total o parcial. Todos los derechos reservados. Hecho el depósito de ley.

# SUMARIO

(Dar CLICk en cada TÍTULO para ir al texto respectivo)



<b>PRESENTACIÓN</b> .....	7
<b>I ARTICULOS</b> .....	9
<b>LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN: UNA BREVE APROXIMACIÓN DESDE LA EXPERIENCIA COSTARRICENSE</b> .....	11
Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano	
<b>LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA: ANTECEDENTES PARA SU CREACIÓN Y AUTONOMÍA UNIVERSITARIA</b> .....	31
M.Sc. Jeffry Antonio Chinchilla Madrigal	
<b>BREVES MEDITACIONES SOBRE LA NUEVA CAUSAL DE DISOLUCIÓN EN MATERIA DE SOCIEDADES MERCANTILES REGULADA EN LA LEY N.º 9699</b> .....	61
Lic. Esp. Carlos José Carrera Castillo	
<b>LA PRÓRROGA EXTRAORDINARIA EN LA MEDIDA CAUTELAR DEL ARRESTO DOMICILIARIO CON MONITOREO ELECTRÓNICO</b> .....	75
M.Sc. Bárbara Soto Prats	
<b>ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 221 DEL CÓDIGO PROCESAL AGRARIO A LA LUZ DEL PLURALISMO JURÍDICO</b> .....	105
MSc. Daniel Araya González	
<b>¿PROTEGIENDO CONTRA LA DEVOLUCIÓN? DESACIERTOS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA</b> .....	125
LL. M. Víctor Alonso Vargas Sibaja	
<b>LA (POSIBLE) REMOCIÓN DE MINISTROS Y MINISTRAS DE ESTADO POR VOTO DE CENSURA: UN CAMBIO MÁS ALLÁ DE LO JURÍDICO</b> .....	147
Lic. José Daniel Mora Bolaños	
<b>DELIBERACIÓN EN TRIBUNALES COLEGIADOS CIVILES DE PRIMERA INSTANCIA</b> .....	157
M.Sc. Carlos Eduardo González Mora	
<b>VIGILANCIA ELECTRÓNICA DE LAS COMUNICACIONES A LA LUZ DE NUESTRA NORMATIVA: REALIDADES Y DESAFÍOS</b> .....	167
M. Sc. Mario de Jesús Jiménez Aguilar	

<b>SALARIO A DESTAJO: SUS ALCANCES EN EL ORDENAMIENTO COSTARRICENSE .....</b>	<b>179</b>
M.Sc. Mariano Jiménez Zeledón	
<b>RECONOCIMIENTO DE LAUDOS EXTRANJEROS EN COSTA RICA: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA.....</b>	<b>193</b>
Lic. Mauricio Rapso Henríquez	
<b>COSTA RICA Y LA OBSERVANCIA DE SUS OBLIGACIONES ADQUIRIDAS CON LA FIRMA DEL CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.....</b>	<b>207</b>
Lic. Arcelio Hernández Mussio	
<b>II. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>217</b>
<b>LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMPARADO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS .....</b>	<b>219</b>
Dr. Haideer Miranda Bonilla	
<b>ESTUDIO DESCRIPTIVO DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA POR EL DELITO DE TENTATIVA DE FEMICIDIO EN EL MARCO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE PENALIZACIÓN DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES.....</b>	<b>245</b>
M.Sc. Xinia Fernández Vargas	
<b>III. INFORME TENTATIVAS DE FEMICIDIO .....</b>	<b>243</b>
<b>IV RESEÑA DE LIBROS .....</b>	<b>259</b>
<b>V. HOMENAJE AL DEPARTAMENTO DE ARTES GRÁFICAS EN SU 50 ANIVERSARIO ....</b>	<b>261</b>
<b>ENTREVISTA LIC. JOSÉ RUBÉN DIMAS PORTILLO.....</b>	<b>263</b>
<b>REPORTAJE GRAFICO EN HOMENAJE AL DEPARTAMENTO DE ARTES GRAFICAS EN SU 50 ANIVERSARIO.....</b>	<b>269</b>
<b>PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTA EDICIÓN .....</b>	<b>279</b>
<b>NORMAS BÁSICAS DE PUBLICACIÓN EN LA REVISTA JUDICIAL.....</b>	<b>283</b>

---

## PRESENTACIÓN

Como siempre es un orgullo poder hacerles llegar este nuevo número de la Revista Judicial. Este año ha sido un año duro, lleno de retos, y en el que hemos tenido que adaptar nuestra forma de trabajar y de vivir para poder continuar con nuestras labores diarias.

Para muchas personas ha sido muy duro, no solamente por la parte económica, que se ha visto afectada y disminuida, sino también por la parte emocional. Pienso en muchos padres y madres de familia que tienen que lidiar diariamente con las obligaciones de su trabajo y con las responsabilidades de sus hijas e hijos que permanecen prácticamente encerrados en sus casas. El Poder Judicial no ha sido la excepción y se han tenido que adaptar a cambios difíciles como las audiencias orales en muchas materias.

Este número llega gracias al esfuerzo de muchos profesionales en derecho que quizá el confinamiento obligatorio o voluntario, les ha permitido exponer por medio de un artículo experiencias profesionales o investigar sobre un tema de su interés.

Compartimos en este número artículos de diferentes campos del derecho como son derecho constitucional, agrario, de familia, penal, civil, laboral y comercial, así como el aparte de comentarios de jurisprudencia, esta vez en derecho constitucional.

En esta edición hacemos un merecido homenaje al Departamento de Artes Gráficas en la conmemoración de su 50 aniversario con el deseo de exaltar el trabajo que efectúan diferentes oficinas del Poder Judicial y reconocer la gran labor que diariamente realizan.

También se publica el *Estudio descriptivo de las víctimas de violencia por el delito de tentativa de femicidio en el marco de la aplicación de la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres 2019*, realizado por M.Sc. Xinia Fernández Vargas, de la Secretaría Técnica de Género y Acceso de la Justicia del Poder Judicial, como una forma de recoger y publicitar las investigaciones que se realizan dentro del Poder Judicial de temas tan sensibles como este.

La parte de recomendación de libros, con dos obras una de derecho constitucional y otra de derecho comercial, ambas de sumo interés.

Siempre tenemos la esperanza de que los artículos les sean útiles y les dejamos la invitación abierta para que escriban conforme a las normas de publicación que se incluyen al final de la Revista. Hacemos una invitación especial a las mujeres para que escriban y compartan su visión de mundo que para esta Revista es de sumo interés.

Espero en Dios, que para el próximo número ya esta situación mundial haya terminado y retomemos esa vida que muchos añoramos y que quizá valoremos más después de esta experiencia.

Muchas gracias,

**Dra. Vilma Alpízar Matamoros**  
Directora Revista Judicial





---



# *Artículos*

---



[Volver al índice](#)



# LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN: UNA BREVE APROXIMACIÓN DESDE LA EXPERIENCIA COSTARRICENSE

Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano \*

## RESUMEN

*En estas líneas, se analizan el principio de interpretación conforme a la Constitución y su vinculación al Estado constitucional de derecho. También se analizan los límites a esta interpretación conforme se realizan en el marco de controles jurídicos y políticos sobre los órganos del Estado.*

**Palabras clave:** *Estado constitucional de derecho, interpretación conforme, activismo.*

## ABSTRACT

*In these lines is analyzed the principle of interpretation according to the Constitution and its link to the Constitutional State of law. The limits to this interpretation are also analyzed as it is carried out within the framework of legal and political controls over the organs of the State.*

**Keywords:** *Constitutional State of Law, conform interpretation, activism.*

Recibido 24 junio 2020

Aprobado 12 agosto 2020

---

\* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Juez contencioso administrativo. Antiguo coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. victorozcocr@gmail.com

## I. Introducción

La Constitución es, por definición, la fuente primigenia y la norma básica de todo el ordenamiento jurídico. Por tal motivo, sirve de parámetro de validez del ordenamiento, incluso, de aquellas disposiciones que, en el marco de un ejercicio democrático, son elaboradas por el legislador. Lo anterior significa que las normas del texto constitucional vinculan a todos los poderes públicos, incluso al legislador, de tal forma que, si el último emite actos u omite el desarrollo oportuno de los preceptos constitucionales, dicha actividad o inercia legislativa es susceptible de control por los distintos órganos de la justicia constitucional.

Al respecto, ya se ha visto en otros trabajos la manera en que el control de constitucionalidad de la legislación y las demás fuentes del ordenamiento permiten hacer valer los cánones de la norma fundamental. De tal forma, constituye una condición suficiente y necesaria del carácter o valor normativo de esta, como se ha visto, justamente, al respecto de los distintos sistemas, incluso, el del Reino Unido, donde a través del *Human Rights Act* de 1998, se ha establecido una suerte de control de la legislación (muy acotado y rudimentario, por cierto), teniendo como parámetro objetivo de valoración el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, de Roma del 4 de noviembre de 1950.

Así, en este escenario, cada vez es más patente, en los distintos ordenamientos, la manera en que, a través de la defensa de los derechos, por ejemplo, surgen o se potencian mecanismos de control jurídico de la legislación, obligándose a la observancia de los estándares constitucionales y convencionales.

También hemos revisado en otros trabajos los distintos modelos y métodos de justicia

constitucional, cuyo punto de partida, sin duda, lo podemos encontrar en el constitucionalismo norteamericano y en los criterios jurisprudenciales y doctrinales que culminaron en el célebre caso *Marbury vs. Madison*, así como la obra del juez Marshall, durante el período en que fue presidente de la Corte Suprema Norteamericana.

Dicho modelo del control de constitucionalidad, a través del juez ordinario, se extendió durante el siglo XIX por los países de América Latina (como, por ejemplo, en el caso de Costa Rica). Luego, durante la segunda década del siglo XX, fue reformulado por el filósofo y jurista más importante de ese entonces, Hans Kelsen, para desarrollar las nociones básicas y elementales del modelo europeo de justicia constitucional y la aplicación del método concentrado que concibe en un órgano extra-poder, el tribunal constitucional, la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico, una disposición, incluso con valor de ley, que no se conforma al texto fundamental. Se trata, en este orden de consideraciones, de un monopolio del rechazo, respecto del cual, por razones históricas, no hay una participación del juez ordinario.

Lo anterior nos lleva a desarrollar, en primer lugar, el control de constitucionalidad que tiene, precisamente, en la Constitución su parámetro de valoración y, dentro de este, repasar los distintos modelos políticos y jurídicos del control, así como, la manera en que, de los distintos procesos hermenéuticos de que dispone el intérprete y aplicador de la Constitución, es posible concluir que una disposición de orden legislativo o de cualquier otra fuente se ajusta o se conforma o, adecúa, al texto fundamental.

En suma, el propósito de esta investigación tiene por fin desarrollar los procesos de interpretación y aplicación de la Constitución y la manera en que, como resultado de ese proceso hermenéutico, el juez o la jueza constitucional o el intérprete o aplicador

de la Constitución tiene la obligación de respetar ciertos límites que le impone el carácter democrático de la norma que es objeto de valoración o del juicio de validez, en este caso, la ley.

De esta forma, en atención del principio democrático o de presunción de constitucionalidad de las leyes, el juez constitucional no puede, ni debe modificar el sentido o la connotación de la norma que es objeto de valoración, so pretexto de mantener su validez y, por ende, su vigencia, dentro del ordenamiento jurídico.

Así, en esta investigación pretendemos repasar, sin duda alguna, los criterios que la doctrina ha utilizado para clasificar dichas interpretaciones; por ejemplo, en extensivas o aditivas, reductoras, sustitutivas o manipulativas, así como, los límites que impone el principio democrático respecto a dicho proceso hermenéutico. De esta manera, con el fin de mantener la adecuación a la Constitución del texto impugnado, el juez o la jueza constitucional no puede modificarlo más allá del marco fijado democráticamente por el legislador.

Además, en esta investigación, en el sistema de justicia constitucional costarricense, se analizará la existencia de un bloque de constitucionalidad y de convencionalidad que sirve de parámetro

objetivo de valoración y de validez de todo el ordenamiento jurídico. Lo anterior incluso, sin duda alguna, la aplicación del *corpus iuris* interamericano y los criterios que, en el ejercicio de sus distintas competencias: contenciosa y consultiva, ha sido implementado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máximo intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos, aunque la República de Costa Rica no sea parte del litigio que se trate.

## II. Sobre la distinción entre el Estado legislativo y constitucional de derecho

Como se adelantó en la investigación de este trabajo, la noción de la Constitución normativa y su control es obra del constitucionalismo norteamericano y de los criterios que, durante la segunda mitad del siglo XIX, permitieron el desarrollo pleno de la *judicial review*<sup>1</sup>, en ese país.

Con anterioridad, el caso *Marbury vs. Madison* (en 1803) constituye el primer antecedente en que la Corte Suprema Norteamericana debe juzgar la conformidad a la Constitución de una ley federal<sup>2</sup>.

Sin embargo, tales ideas relativas a la superioridad normativa de la Constitución no fueron recibidas

1 Sobre los orígenes de la *Judicial Review*, se puede consultar Rotunda, Ronald D., y otro. (2016). *Principles of Constitutional Law*, Firth Edition, West Academic Publishing, U. S. A., pp. 1-14.

2 Véase Rotunda, Ronald D. y otro. *Principles of Constitutional Law*, op. cit., pp. 1-14. Sobre la prevalencia de la Constitución, sobre la Ley, en dicha sentencia se indicó que: “De este modo, si una ley está en contradicción con la Constitución, y si ambas, la Ley y la Constitución se aplicaran a un caso particular, entonces el Tribunal debiera decidir, en este caso de conformidad con la ley, rechazando la Constitución, o de conformidad con la Constitución, rechazando la ley. El Tribunal debe determinar cuál de las dos normas en conflicto rige el caso. Éste es el verdadero sentido de la función judicial. Si los tribunales deben tomar en consideración la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier ley ordinaria que haya aprobado el poder legislativo, entonces será la Constitución y no la referida ley la que resolverá la controversia a cuál de los dos podría en principio aplicarse [...]”. No es ocioso recordar que con la declaración de cuál va a ser la Ley suprema del país, la Constitución se menciona en primer lugar, y no las leyes de los Estados Unidos de forma general y abstracta: éstas solo tienen tal consideración si son compatibles con lo dispuesto en la Constitución. Por ello, la terminología particular de la Constitución confirma y refuerza el principio, que supone ser esencial y común a todas las Constituciones escritas, conforme al cual una Ley contraria a la Constitución es nula, y que los Tribunales, al igual que los demás poderes, están sometidos a la Constitución. Se rechaza la pretensión del recurrente”. Véase Beltrán de Felipe, M., y otro. (2006). *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Segunda Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, pp. 118-121.

por el constitucionalismo europeo, sino avanzado el siglo XX, a través de los aportes del filósofo austriaco Hans Kelsen, y no fueron implementadas plenamente, sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial, con el surgimiento de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución italiana de 1948, así como, sus órganos jurisdiccionales de defensa y garantía, es decir, el Tribunal Constitucional Federal Alemán y la Corte de Constitucionalidad Italiana.

De este modo, no existió en el siglo XIX, un Estado constitucional de derecho en el contexto europeo, porque la Constitución no era una norma aplicable, dotada de contenido normativo. Se produjo entonces, en ese escenario, un Estado legislativo de derecho. Al respecto, Zagrebelsky sostiene:

*El siglo XIX es el siglo del Estado de Derecho o, según la expresión alemana, del Rechtsstaat. En la tipología de las formas de Estado, el Estado de Derecho, o Estado bajo el régimen de derecho, se distingue del Machstaat, o Estado bajo el régimen de la fuerza, es decir, el Estado absoluto característico del siglo XVII, y del Polizeistaat, el Estado bajo el régimen de policía, es decir, el régimen del Despotismo Ilustrado, orientado a la felicidad de los súbditos, característico del siglo XVIII. Con estas fórmulas se indican tipos ideales que sólo son claros conceptualmente, porque en el desarrollo real de los hechos deben darse por descontado aproximaciones, contradicciones, contaminaciones y desajustes temporales que tales expresiones no registran. Éstas, no obstante, son útiles para recoger a grandes rasgos los caracteres principales de la sucesión de las estas históricas del Estado moderno<sup>3</sup>.*

Pero la noción del Estado de derecho, por sí misma, solo describe una fórmula vacía en cuya virtud cualquier régimen constitucional, legislativo o autoritario puede ser entendido como tal, en cuanto supone, únicamente, la sujeción de los individuos al ordenamiento jurídico.

De modo que no fue cualquier Estado de derecho el que se implementó durante el siglo XIX en el contexto europeo, sino un Estado legislativo de derecho que, a diferencia del Estado constitucional de derecho, solo describía aquel orden de cosas en el cual existe una sujeción plena de las autoridades públicas a la voluntad del legislador; es decir, una primacía de la legislación, en tanto que la Constitución únicamente estaba dotada de controles políticos, sin ningún valor coercitivo.

Entre las notas características **del Estado legislativo de derecho**, podemos enumerar las siguientes: -en primer lugar, la sujeción de la Administración a la ley, de tal forma que solo puede actuar mediante la previa habilitación legislativa, en lo que conocemos como el principio de legalidad; - en segundo, el control judicial de los actos administrativos de las autoridades públicas, en lo que se concibe, en la actualidad, como la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; - tercero, la vinculación del juez a la ley, de modo que, en este escenario, solo le corresponde la exacta aplicación de la ley, estableciéndose, asimismo, un recurso de casación “inicialmente concebido para evitar el peligro de manipulación judicial de la ley a través de su interpretación, constituye una prueba clase de este esfuerzo por garantizar la primacía de la legislación”; y, - finalmente, la independencia judicial, motivo por el cual la actividad del juzgador no debe ser objeto de injerencias internas y externas que lo menoscaben<sup>4</sup>. En este orden de consideraciones, Zagrebelsky agrega que:

3 Zagrebelsky, G. (2007). *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*. Séptima Edición, Madrid: Trotta, p. 21.

4 Sobre todo lo anterior, Gascón, M. y otro. (2015). *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Editorial Palestra, pp. 17-19.

*en la clásica exposición del derecho administrativo de Otto Mayer; la idea de Rechtsstaat, en el sentido conforme al Estado libertad, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la administración; b) la subordinación a la ley, y solo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan influir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y solo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración<sup>5</sup>.*

Pues bien, una vez asegurado, mediante el establecimiento de mecanismos de garantía del texto fundamental, el valor normativo de la Constitución, nace el **Estado constitucional de derecho** que tiene, justamente, como punto de partida, el texto fundamental, base y soporte de todo el ordenamiento jurídico, a cuyo cometido están vinculadas y sometidas todas las actuaciones y las omisiones de las autoridades públicas.

Dicha Constitución normativa, dotada de una parte dogmática y orgánica, se caracteriza porque reconoce no solo una carta de derechos individuales y sociales que se impone frente a la actuación estatal, sino también porque distribuye, por medio del principio de separación de poderes, el ejercicio del poder entre los órganos constitucionales del Estado, no solo, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, sino también dentro del entramado contemporáneo del Estado constitucional de derecho, otros órganos que, normalmente, también han sido previstos por esta<sup>6</sup>.

5 Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, op. cit., p. 23.

6 Gascón, M. y otro. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 21.

Estos postulados de la Constitución normativa y suprema fueron implementados<sup>7</sup>, en primer lugar, por el constitucionalismo alemán e italiano tras la Segunda Guerra Mundial, en segundo, por el constitucionalismo francés (1958, con la Constitución de la Quinta República) y el constitucionalismo portugués, griego y español tras el cese de sendos regímenes dictatoriales a finales de la década de los setenta y, luego, tras la caída del muro de Berlín (1989) y del Bloque Socialista en los países de Europa del este.

Además, en el contexto latinoamericano, se puede hablar de un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y de los derechos humanos, después de la caída de varios procesos dictatoriales en Argentina, Chile, Brasil, Paraguay y gran parte de los países de Centroamérica, en un proceso impulsado, en gran medida, gracias al enfoque expansivo y la agresividad con que organismos

como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en fin, la Organización de Estados Americanos realizaron su labor en la región<sup>8</sup>. Para Zagrebelsky la principal característica del Estado constitucional de derecho es que afecta la posición de la ley, la cual:

*por primera vez en la época moderna viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto, de subordinación, a un estrato más alto del derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de Derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función*

7 Sobre el carácter normativo de la constitución, como elemento de la teoría neoconstitucionalista, Prieto Sanchis sostiene que es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas, “una primera concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujeto privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico. En líneas generales, ésta es la tradición norteamericana originaria cuya contribución básica se cifra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional: dado su carácter de regla de juego y, por tanto, de norma lógicamente superior a quienes participan en este juego y, por tanto, de norma lógicamente superior a quienes participan en ese juego, la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más neutro de los poderes, aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate público, es decir, el poder judicial. La idea del poder constituyente del pueblo se traduce aquí en una limitación del poder político y, en especial, del que se considera más amenazador de los poderes, el legislativo que encarna la voluntad de la mayoría, mediante la cristalización jurídica de su forma de proceder y de las barreras que no puede traspasar en ningún caso. En ese esquema, es verdad que el constitucionalismo se resuelve en judicialismo, pero –con independencia ahora de cuál haya sido la evolución del Tribunal Supremo norteamericano– se trata en principio de un judicialismo estrictamente llamado a vigilar el respeto a las reglas básicas de la organización política”. Por su parte, la segunda tradición concibe la Constitución como la encarnación de un proyecto político bien articulado, como un programa directivo de una empresa de transformación social y política. En este caso la Constitución no se limita a elaborar las reglas del juego, “sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas mediante el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos, de principios, en suma, de cláusulas materiales que necesariamente inciden en lo que a veces se llama “agenda política”. Esta concepción, que nace con la revolución francesa, termina por establecer un carácter privilegiado a la legislación como expresión de la voluntad general y soberana del pueblo, limitándose el carácter normativo de la Constitución, termina entonces por imponer un legalismo, que predominó durante el siglo XIX en el contexto europeo. Véase Prieto Sanchis L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, pp. 107-109.

8 Sobre los orígenes de la Organización de Estados Americanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la persona lectora puede consultar a Gonzáles Morales, F. (2013). *Sistema interamericano de derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 29-60.



*constituyente). Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa posible el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho. Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho<sup>9</sup>.*

### **III. Distinción tradicional entre el control político y control jurídico de constitucionalidad**

Como Manuel Aragón lo expone en su libro *Constitución y control de poder*, la idea del control es un elemento inseparable de la idea de la Constitución normativa. En esta monografía, se distingue entre el control social, el político y el jurídico y, en lo que respecta a esta investigación, nos interesa profundizar en las interacciones entre los dos últimos del siguiente modo<sup>10</sup>: en primer lugar, por el carácter objetivado del control jurídico, frente a la connotación subjetiva del control político. Lo anterior significa, en el primer caso, que el parámetro de valoración es uno normativo, preexistente al intérprete y no es disponible para el órgano que lo ejerce.

En cambio, en el control político, no existe ese criterio de valoración, sino que descansa en la libre apreciación de quien controla. El juicio de valoración se funda, en un caso, en razones jurídicas, mientras que, en el otro, en motivos políticos, el carácter necesario del control jurídico,

frente al voluntario del control político. Una vez que se produce un hecho, en el caso del control jurídico, si es sancionable, se deben imponer las consecuencias que el ordenamiento estipula. En cambio, en el segundo, la sanción y el ejercicio del control son de libre apreciación por el órgano que lo ejerce. Finalmente, el control jurídico normalmente es realizado por órganos independientes e imparciales, dotados de conocimiento técnico para ejercer su función, lo que no se produce en el supuesto del control político.

Cabe mencionar que, en lo que atañe al objeto de valoración, una norma o conducta estatal o de alguno de sus agentes puede ser sometida al control jurídico y al control político, en forma paralela, con distintas consecuencias, sin dejar de lado que, en el caso del control jurisdiccional, los jueces, las juezas y, en particular, los jueces y las juezas constitucionales se comportan, en muchas ocasiones, como verdaderos actores políticos, con un poder enorme, todo potenciado por los procesos de judicialización de la política y la politización de la política.

De estos últimos, el más grave es el último, la politización de la justicia que se verifica cuando el intérprete jurisdiccional toma sus decisiones con criterios político-partidarios. Como ejemplo de este último fenómeno, es posible encontrar en el caso venezolano o nicaragüense, en donde es conocido que sus Cortes Supremas responden a intereses de quienes ocupan la cabeza del Poder Ejecutivo. Se trata de un proceso de deconstitucionalización, en el cual, las Constituciones Políticas de esos países se han convertido en una mera carta de principios, sin valor normativo, pues los órganos jurisdiccionales llamados a controlar el ejercicio del poder han sido copados por los intereses aludidos.

<sup>9</sup> Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, op. cit., p. 34.

<sup>10</sup> Aragón, M. (1995). *Constitución y control del poder*. Madrid: Ediciones Ciudad Argentina, pp. 91-93.

Ahora bien, si volvemos a nuestra clasificación original, entre el control jurídico y el control político, un ejemplo del primero son los tribunales de justicia y, en fin, los órganos de la justicia constitucional, mientras que el control parlamentario es un ejemplo de un control político.

Sobre el particular, en sus lecciones, el profesor Alex Solís<sup>11</sup> nos mencionaba como la principal función del Parlamento costarricense, la Asamblea Legislativa, integrada por 57 diputados no es la de emitir las leyes, sino ejercer un control político, acorde con las competencias que se desprenden de los diversos incisos del artículo 121 constitucional.

En este escenario, son particularmente relevantes las comisiones de investigación, las sesiones del control político en el plenario, donde cualquier diputado o diputada puede poner de manifiesto cualquier asunto que se estime conveniente para la defensa del interés general y del país, además de la posibilidad de aprobar mociones de censura contra un ministro o una ministra.

#### IV. Perspectiva crítica y judicial politics

Como lo mencionábamos al inicio de este apartado, hoy día, esa clasificación dicotómica original entre control jurisdiccional, jurídico y control político no parece ser tan nítida. Si bien, se ha entendido que el control jurisdiccional ha sido desarrollado en los Estados Unidos de Norteamérica y en Austria, mientras que el modelo

de control político es Francia, la gran mayoría de sistemas hoy día son híbridos o mixtos<sup>12</sup>.

En este orden, por ejemplo, en el caso costarricense, coexisten el control político efectuado por el Parlamento y el control jurídico implementado, en el ámbito de la justicia constitucional, por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con las advertencias que señalamos con anterioridad.

Al respecto, Lucio Pegoraro pone de manifiesto cómo la anterior clasificación entre control jurídico y control político muchas veces es superada, en su aplicación, por la realidad:

como escribe Kelsen, “la discrecionalidad no es nunca del todo libre [...] y nunca es del todo dependiente” [...]; y, sin embargo, está sujeta, en su caso, a la voluntad, de la jurisdicción. “Se trata, por tanto –escribe Pavani–, de una distinción que parece percibirse intuitivamente, pero que está sujeta a excepciones y graduaciones, sobre todo si se tiene en cuenta el alto grado de libertad que caracteriza la interpretación judicial, también a causa de la oscuridad de los preceptos legislativos”<sup>13</sup>.

En efecto, en su contribución, dicho autor señala los casos de Inglaterra, Francia y los países socialistas de Europa del este, donde originalmente no se verifica el control jurisdiccional, han avanzado hacia modelos mixtos, en el caso inglés<sup>14</sup> con la aprobación del *Human rights act*

11 Sobre el tema se puede consultar el siguiente texto: Solís Fallas, A. (2000). *Control político y jurisprudencia constitucional*. Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, CONAMAJ, San José.

12 Pegoraro, L. *Control jurisdiccional vs. control político: La erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)*. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23(1), p. 47.

13 Pegoraro, L. *Control jurisdiccional vs. control político: La erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)*, op. cit. p. 47.

14 Al respecto se puede consultar: Bagehot Wálter. (2010). *La Constitución inglesa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

de 1998 que permite la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la declaración de incompatibilidad<sup>15</sup>, en el supuesto francés, con la reforma tendente a introducir el control sucesivo o *a posteriori* de constitucionalidad, la QPC<sup>16</sup>, o bien con la caída del muro de Berlín, los países socialistas abandonaron dicho modelo y asumieron, en su gran mayoría, métodos híbridos de control<sup>17</sup>.

Ahora bien, en el ámbito costarricense, por impulso de autores como Diego Brenes o Marco Feoli, formados en el ámbito de la ciencia política como sendos doctorados en la Universidad de Salamanca, han introducido en el foro jurídico nacional la noción de las *judicial politics*<sup>18</sup> y, dentro de esta, los términos de la judicialización de la política y la politización de la justicia. De este modo, la primera puede ser definida como: “*increased presence of judicial process and court rulings in political and social life, and the increasing resolution of political, social, or state-society conflicts in the courts*”<sup>19</sup>.

Al respecto, Martínez Baharona sostiene que se entiende por judicialización de la política: “*el proceso por el cual los jueces adquieren mayor presencia política y social en la medida en que sus fallos tienen mayor impacto en la actividad política, social y económica*”<sup>20</sup>.

Según Diego Brenes, esta definición puede precisarse aún más al sostenerse que la judicialización refiere al hecho de que los jueces intervienen en procesos de deliberación pública en una forma autónoma y activa<sup>21</sup>.

Por su parte, encontramos la politización de la justicia cuando los hacedores de política buscan controlar al máximo quienes están en los cargos y en las altas cortes judiciales<sup>22</sup>. Un ejemplo de lo anterior puede ser cuando, en las campañas políticas y electorales norteamericanas, se tiene al tribunal supremo como un actor más. En este orden de ideas:

15 Sobre lo anterior, se puede examinar Ferreres, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo de justicia constitucional*. Marcial Pons, Madrid, p. 28.

16 Véase Alcoberto Llivina, C. (2015). *La cuestión prioritaria de constitucionalidad francesa: Balance a los cinco años de su entrada en vigor*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Ferrer Mac-gregor E., director. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Porrúa, n.º 23, pp. 3-42.

17 Pegoraro, L. *Control jurisdiccional vs. control político: La erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)*, op. cit. pp. 55-56.

18 Al respecto, Diego Brenes expresa que: “no existe uniformidad en la traducción al español para *judicial politics*, siendo quizás la más cercana, aunque no la más utilizada: “la política en lo judicial”, y dado el origen anglosajón de esta corriente, marcada por el importante rol ejercicio por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, la investigación opta por mantener su denominación en inglés, bajo la comprensión de política como proceso. En efecto, en acuerdo con Alcántara y Martí i Puig [...], en el mundo anglosajón hay mayor facilidad para diferenciar los tres estadios del fenómeno político, esto por cuanto existen tres términos diferentes para cada uno de ellos: *politics* (el proceso), *polity* (la estructura) y *policy* (los rendimientos)”. Lo anterior explica la traducción literal de *política judicial*” como referida a las políticas públicas que la administración judicial dispone en su quehacer y no al sentido que la investigación procura”. Véase Brenes Villalobos, L. (2013). *El rol político del juez electoral*. Editorial IFED-TSE, p. 8.

19 Ángel, A. y otros. *The judicialization of politics in Latin America*. Palgrave Mac Millan, p. 2.

20 Martínez Baharona, E., *Seeking the political role of the third government branch. A comparative approach to high courts in Central América*, Saarbrücken: VDM Verlag, p. 48.

21 Brenes Villalobos, L. *El rol político del juez electoral*, op. cit., p. 9.

22 Brenes Villalobos, L. *El rol político del juez electoral*, op. cit., p. 10.

*Nixon (en las elecciones de 1968) y Reagan (en las de 1980), tenían como uno de sus principales mensajes electorales el control del Tribunal Supremo, prometiendo que nombrarían jueces fieles a la separación de poderes y a la Constitución que reemplazasen a jueces tachados de activistas que, según se decía, estaban usurpando el poder que pertenecía al pueblo. Y tras ganar las elecciones cumplieron su palabra –cuando el Senado se lo permitió– y entablaron abiertamente una pugna política destinada a que el Tribunal Supremo rectificase una línea jurisprudencial que la derecha consideraba en materia de aborto, de discriminación positiva, de los derechos de los detenidos, de pena de muerte, etc. No sería inverosímil pensar que en España, pese a las notables diferencias político institucionales respecto de la selección de los jueces, esto dos Presidentes serían acusados de atentar contra la independencia del poder judicial, y algún juez, estrella o no, exigiría al Consejo General del Poder Judicial que iniciarse un expediente administrativo contra ellos. Y por supuesto daría dos o tres ruedas de prensa<sup>23</sup>.*

De acuerdo con Diego Brenes, también conviene distinguir entre los términos de judicialización de la política y activismo judicial, de tal forma que, por el último, entendemos:

*aquellas situaciones en que los tribunales expanden el ámbito de sus decisiones, abarcando cuestiones que correspondían a instituciones políticas, o actúan entre actores políticos enfrentados [...]. Bajo estos escenarios, el activismo judicial se presenta como la antítesis de la auto-restricción judicial, siendo ambas diferentes vías de acceso hacia la judicialización de la política y de relevancia al estudio, en tanto se comparte con Courtis [...] que estas caracterizan la actividad política de los tribunales, dado que permiten determinar si los tribunales acompañan o marcadamente se separan de las decisiones políticas de los demás poderes. En ese sentido, nótese que la actitud y posicionamiento del juez en su jurisprudencia interpretativa (activista/auto-restringido) no se relaciona con sus inclinaciones político-ideológicas (progresista/conservador). Según Courtis no existe un nexo necesario entre activismo judicial y progresismo político, o entre auto-restricción judicial y conservadurismo político<sup>24</sup>.*

Por eso el conservadurismo puede ser activo o restringido, en cambio, el progresismo siempre será activo. También el autor pone de manifiesto el hecho de que, en ocasiones, ante el carácter activista que asumen los tribunales

23 Beltrán de Felipe, M. y otro. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, op. cit., pp. 45-47. Otro ejemplo sería cuando se le pregunta a Eisenhower cuál fue el principal error de su presidencia y él responde: Warren. “A reglón seguido el periodista, probablemente insatisfecho con la respuesta le preguntó por el segundo mayor error. Eisenhower respondió “Brennan”. Su antecesor, el Presidente Truman, reconocía sin complejos haber intentado controlar a los jueces: “Maniatar al Tribunal Supremo es imposible. Lo he intentado, y no funciona”. El país (entendiendo por tal los partidos, los sindicatos, las asociaciones cívicas o defensoras de los derechos humanos, las congregaciones religiosas, los profesionales del Derecho, las Universidades, etc.) se moviliza si el Presidente pretende nombrar a un juez que no se considera adecuado. Y por encima de todo está, naturalmente, el ataque frontal en 1937 del Presidente Franklin D. Roosevelt contra un Tribunal Supremo que le echaba abajo su legislación del New Deal [...]. ¿Qué diríamos hoy aquí si un Presidente del Gobierno hiciese lo mismo y pretendiese, como Roosevelt, Truman, Reagan –en realidad, casi todos– controlar a la máxima jurisdicción constitucional? Como es natural en gentes que, cuando la partida no es favorable, acostumbamos a ignorar o denunciar las reglas que nosotros mismos hemos creado, la respuesta que en este país daríamos dependerá de la mayor o menor simpatía que en cada momento le damos al Presidente o a los jueces.

24 Brenes Villalobos, L. *El rol político del juez electoral*, op. cit., pp. 8-10.

constitucionales en ciertas materias, existe una actitud cómplice de las élites políticas en despolitizarlos y facilitar una válvula de escape, para que finalmente se tome una decisión.

Hemos visto lo anterior, muy claramente con la aprobación y el control previo de constitucionalidad que la Sala Constitucional realizó con respecto al “plan fiscal” o hace algunos años cuando se discutía la conformidad con respecto al derecho de la Constitución del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, Centroamérica y República Dominicana.

Lo anterior pone de manifiesto la manera en que, con ocasión del control jurídico de constitucionalidad que despliegan las juezas y los jueces constitucionales, también surge en paralelo una especie de control político, habida cuenta de que, ciertamente, el tribunal constitucional y las personas juzgadoras referidas son verdaderos actores políticos. Así cada vez resulta más difícil establecer una nítida distinción entre ambos tipos de controles, tal vez, con la única diferencia de que, en el supuesto del control jurisdiccional, el o la intérprete tiene la obligación de esbozar argumentos jurídicos y, menos políticos, para justificar una decisión previamente adoptada, según su cosmovisión y su manera de entender el mundo. Esto resulta trascendental a propósito de los casos complejos donde colisionan dos valores estrechamente vinculados con la esencia misma de la sociedad, su cultura, religión, entre otros.

Por eso es tan complejo el proceso relativo a la selección de estos jueces y juezas, lo que justifica, sin duda alguna, su rigurosidad y la necesidad de satisfacer ciertos estándares de idoneidad académica y profesional, experiencia, madurez, entre otros, los cuales estas personas candidatas deben ostentar, evitándose exponerlos a una especie de juicio mediático, con motivo de su proceso de elección, en el cual incluso su

dignidad puede ser socavada, como se ha dado, lamentablemente, en los últimos años.

Pero no se deja de defender el hecho de que la sede natural para nombrar a las juezas y los jueces constitucionales sigue siendo el Parlamento, por razones democráticas y por el componente innegablemente político que acompaña este proceso de elección, en donde, el órgano con mayor representatividad para su elección es la Asamblea Legislativa en el contexto costarricense.

Al respecto, el derecho comparado nos brinda múltiples mecanismos y fórmulas para la selección de estos jueces y juezas, los cuales responden a distintos elementos coyunturales. En el caso costarricense y, reconociendo que existe un déficit democrático en el funcionamiento del tribunal constitucional, una forma de disminuir ese coste es facilitando que sea el Parlamento quien designe a las juezas y los jueces constitucionales y no otros órganos con menos representatividad democrática, como serían, en el contexto “tico”, el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, el Poder Judicial, las universidades, entre otros.

## **V. Sobre la interpretación de conformidad con la Constitución y las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales**

En términos generales, podemos señalar que el proceso interpretativo es aquel que nos permite desentrañar el sentido de una norma y, en nuestro caso, la connotación de una disposición de orden constitucional. En este orden de ideas, Ballaguer Callejón indica que:

*la interpretación es también un acto de conocimiento, con independencia de que sea una actividad creativa. Esta creatividad puede encontrarse en el momento de reproducción*

*de la norma interpretada, cuando se debe formular una regla de aplicación. Pero, en todo caso, como tal acto de conocimiento, una teoría de la interpretación de las normas, debe enmarcarse dentro de la hermenéutica general y como un apartado concreto de la interpretación general de los textos, con especificidades de la interpretación normativa y dentro de la interpretación normativa, la jurídica, como una forma peculiar de interpretación, que posee rasgos propios*<sup>25</sup>.

De este modo, la misma autora anuncia que, durante el período en que estuvo vigente el Estado legislativo de derecho en el siglo XIX:

el entendimiento de la labor del intérprete es completamente distinto en un sistema jurídico como el liberal, basado en sus orígenes en la pretensión de reducir a la nada la actividad interpretativa (la interpretación como exclusiva determinación de la voluntad del legislador) frente al sistema jurídico actual<sup>26</sup>.

No obstante, con el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial, en el siglo XX, y la consolidación de varios procesos históricos que se produjeron en esa época, se conforma una sociedad eminentemente pluralista que da origen a un Estado constitucional de derecho donde el proceso interpretativo de la Constitución no puede fundamentarse en la estructura tradicional de la interpretación de la ley<sup>27</sup>.

Ahora bien, sobre los sujetos a quienes les corresponde o atañe la interpretación de la Constitución, Marc Carrillo afirma:

*que no es un monopolio de la jurisdicción constitucional, sino que en los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada corresponde a todos los poderes públicos, en especial a los jueces y tribunales [...], y también a los ciudadanos en sus actuaciones de carácter jurisdiccional. Sin embargo, en los sistemas del civil law, es al juez constitucional a quien corresponde la condición de ser intérprete supremo de la Constitución. Y, por tanto, sólo a él le está atribuido el juicio sobre la validez de la ley. A partir de esta premisa, el juez ordinario ya no es un autómatas, no es un mandatario de la ley. Cuando aplica la ley o cuando plantea una cuestión prioritaria de constitucionalidad sobre una ley aplicable al caso concreto también interpreta la Constitución. Y en esa labor interpretativa el juez puede crear Derecho siempre que se sujete a la ley cuya validez no ha sido cuestionada por el Juez Constitucional*<sup>28</sup>.

Por su parte, en lo que atañe a los criterios hermenéuticos que deben ser utilizados a la hora de obtener el significado de las normas constitucionales, Marc Carrillo sostiene que:

Dado que la Constitución no predetermina ningún método de interpretación constitucional, desde

25 Balaguer Callejón, M. (1997). *La interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Tecnos, Sociedad Anónima, p. 75.

26 Balaguer Callejón, M. *La interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, op. cit., p. 21.

27 Sobre el particular, Marc Carrillo sostiene. (2019). “En la medida que con la consolidación de la jurisdicción constitucional, la llamada soberanía del Parlamento ha dejado de existir y la ley como fuente de derecho ha quedado subordinada a la interpretación constitucional, la función de interpretar se ha convertido en la parte esencial de la teoría de la Constitución”. Véase, Carrillo López, M. *Derechos fundamentales y pluralismo jurisdiccional*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. Ciudad de México: Editorial Porrúa. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 144, p. 18.

28 Carrillo López, M. *Derechos fundamentales y pluralismo jurisdiccional*. ..., p. 19.

sus primeras resoluciones ha sido a través de la vía pretoriana que el Tribunal Constitucional utilizó no sólo los criterios hermenéuticos tradicionales de la interpretación jurídica sino que sobre todo incorporó los nuevos métodos específicos de la interpretación constitucional (por ejemplo, la jurisprudencia de valores, la interpretación conforme a la Constitución, las decisiones interpretativas, el juicio de ponderación, el juicio de proporcionalidad, etc.). Seguramente, la presencia mayoritaria en los primeros tiempos de la actividad del Tribunal, de magistrados procedentes del ámbito universitario, influidos por sus estudios sobre la experiencia de otras jurisdicciones constitucionales (sobre todo, Italia, Alemania y los Estados Unidos) facilitó la adopción de nuevos métodos de interpretación adaptados a la singularidad de la norma constitucional<sup>29</sup>.

Como se señaló con anterioridad, más allá de los criterios hermenéuticos tradicionales de la interpretación de las normas, el histórico, el teleológico, el sistemático, entre ellos, la doctrina constitucionalista ha desarrollado sus propios métodos interpretativos.

De esta forma, Giovanni Tarello indicó que se podía hablar de una interpretación restrictiva, cuando el intérprete excluía una palabra del documento de ley, tuviera en ella la plenitud de significado que tenía en el *communis usus loquendi* y procedía a la exclusión de algunos significados suyos.

Por otra parte, nos encontrábamos frente a una interpretación extensiva, cuando el intérprete procedía a la extensión del significado del documento de ley, ya sea atribuyendo a una palabra un significado más lato que el común o

extendiendo el alcance de la ley a la cobertura de casos análogos respecto al caso al que el alcance aparente de la ley refiere, sobre las razones equitativas. En suma, sostiene el autor:

*se trata de locuciones estrechamente conectadas a modos de pensar y a problemas prácticos, peculiares de específicos momentos y situaciones de la experiencia histórica del derecho común, y hoy no muy oportunas en sede de teoría porque ocultan el hecho de que siendo otro el documento, otros son los significados a él o a sus segmentos se atribuye, y que entre estos significados no hay uno aparente y uno real, como será aclarado. Empero, todavía hoy las locuciones interpretación restrictiva e interpretación extensiva son frecuentemente usadas: y ello depende del hecho de que frecuentemente la locución interpretación restrictiva sirve para indicar un uso del argumento interpretativo a contrario y la locución interpretación extensiva, sirva para indicar un uso del argumento analógico<sup>30</sup>.*

Pues bien, de conformidad con la Constitución, los supuestos de interpretación constituyen aquellas hipótesis en que, al aplicar una ley, en el contexto de un Estado constitucional de derecho, el juez ordinario o el tribunal constitucional lo hacen en la medida en que se ajuste o adecúe el texto fundamental, por lo que, en caso de una aparente contradicción entre ambos tipos de normativa, el o la intérprete debe desechar aquellas voces interpretativas no compatibles con la Constitución, escogiendo las que sí lo son.

Lo anterior es una consecuencia del principio de presunción de constitucionalidad del ordenamiento jurídico, razón por la cual solo

29 Carrillo López, M. *Derechos fundamentales y pluralismo jurisdiccional*. ..., p. 21.

30 Tarello, G. (2018). *La interpretación de la ley*. Palestra Editores, Lima, pp. 71-72.

se sostiene que las normas con rango de ley en principio son compatibles con la Constitución, en razón del proceso democrático de su elaboración, a menos que su compatibilidad no sea susceptible de salvamento mediante una técnica interpretativa de las comentadas. En este orden de consideraciones, según Marina Gascón:

*enjuiciar la constitucionalidad de una norma consiste en evaluar si es compatible con la Constitución. Tanto la Constitución como el resto de las normas se expresan a través de textos o disposiciones normativas que deben ser interpretadas, por lo que el juicio de constitucionalidad requiere una doble y previa interpretación: una interpretación del precepto normativo controlado y una interpretación de los preceptos constitucionales que operan como parámetros de control. Como en línea de principio cabe hacer distintas interpretaciones de una disposición jurídica, sin que todas ellas resulten constitucionales, se habla de interpretación conforme a la Constitución (la verfassungskonforme Auslegung de la doctrina alemana) cuando se interpreta un texto normativo de manera que se muestre compatible (o conforme) con la Constitución. La interpretación conforme se enmarca así en el ámbito de las interpretaciones plausibles de un texto normativo, discriminando entre aquellas que resultan compatibles con la Constitución y aquellas que no lo son. Pero –nótese– entre las interpretaciones plausibles de la ley; esto es, las que no sean incompatibles con su semántica, en conjunción obviamente con la sintaxis y la pragmática. Cuando so pretexto de la interpretación conforme el juez (constitucional u ordinario) “retuerza” intolerablemente el sentido de la ley está*

*ejerciendo, simple y llanamente, funciones políticas*<sup>31</sup>.

Es claro que, en el ejercicio de **una interpretación conforme**, se verifica la observancia del principio de conservación de las leyes o de presunción de su constitucionalidad y el de supremacía. Así, según Marina Gascón, las sentencias interpretativas son el resultado de actuar según el principio de conservación de las leyes.

En razón de dicho principio, un precepto legal solo puede ser declarado inconstitucional si no es pasible de una interpretación. De esta manera: “*pueden definirse las sentencias interpretativas como aquellas que no anulan el texto de la ley en la medida en que admite alguna interpretación conforme a la Constitución. Se conjugan, así, la primacía de la Constitución y la conservación de las leyes*”.

Pero también, en cuanto a los límites de la interpretación conforme, la mencionada autora señala que el juez constitucional debe evitar suplir la jurisdicción ordinaria, cuando en lugar de escoger las interpretaciones compatibles con la Constitución, se dedica a desentrañar la mejor interpretación de la ley, o bien, cuando al desplegar una interpretación conforme, invade competencias legislativas cuando modifica el texto de la ley. En conclusión:

*los límites que separan la interpretación conforme de la mejor interpretación resultan a veces lábiles e imprecisos. Por eso, el principio de interpretación conforme, que está en la base de los pronunciamientos interpretativos, constituye una técnica de delicado manejo cuyo uso debe estar guiado por un permanente ejercicio del self-restraint, a fin de no invadir*

31 Gascón, M. y otro. *La Argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op. cit., pp. 278-279.



*competencias de la jurisdicción ordinaria. Por lo demás, es evidente que el recurso a las sentencias interpretativas entraña otro riesgo. Con la excusa de la interpretación conforme, el Juez constitucional podría imponer una interpretación de la ley que claramente no se deduce de su texto según los cánones interpretativos tradicionales. Se traspasarían así los límites de la interpretación conforme (que vienen marcados por las interpretaciones plausibles de la ley) para realizar una simple alteración judicial del ordenamiento invadiendo el ámbito que la Constitución reserva al legislador. Así sucede en las llamadas sentencias manipulativas*<sup>32</sup>.

Ahora bien, en el caso de las **sentencias manipulativas**, cuando ninguna de las interpretaciones plausibles del precepto legal impugnado permite mantener su constitucionalidad (como sucede en las sentencias interpretativas) y, sin embargo, no se considera adecuado o conveniente anular ese precepto, el juez constitucional puede salvar su constitucionalidad en dos sentidos: - manipulando el texto de la ley para provocar una interpretación constitucional de este; - manipulando directamente su interpretación; más exactamente, forzando las posibilidades interpretativas del texto (si se quiere, haciendo una interpretación *contra legem*), a fin de que resulte compatible con la Constitución<sup>33</sup>.

Así, según Marina Gascón, “*aunque en ambos casos se producen manipulaciones de la ley (sea de su texto, sea de su interpretación), suele reservarse la expresión sentencias manipulativas –acuñada para la doctrina italiana para el segundo supuesto-; es decir, para los casos en que el Juez constitucional manipula directamente la interpretación de la ley*”<sup>34</sup>.

Tales sentencias manipulativas pueden ser sustitutivas, aditivas o reductoras. De acuerdo con Díaz Revorio, las **sentencias sustitutivas** constituyen el supuesto más complejo y difícil de sentencia manipulativa donde un precepto es declarado parcialmente inconstitucional, al tiempo que se dispone que la parte declarada inconstitucional se sustituya por otra indicada por el tribunal. De esta forma:

*la fórmula usual de este tipo de decisiones es la declaración de inconstitucionalidad del precepto “en la parte en que” dispone algo en lugar de o “antes que” (anziché) otra cosa, aunque, como veremos, también es posible encontrar sentencias materialmente sustitutivas que adoptan formalmente fallos interpretativos desestimatorios*”<sup>35</sup>.

De tal modo, en ellas se sustituye una interpretación plausible, pero inconstitucional, del precepto legal impugnado, por otra que

32 Gascón, M. y otro. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op. cit., pp. 280-282.

33 Gascón, M. y otro. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op. cit., pp. 282-283.

34 Gascón, M. y otro. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 283.

35 Díaz Revorio, F. (2001). *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional, significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*. Madrid: Lex Nova, pp. 146-147.

claramente no se deriva de este, pero resulta acorde con la Constitución<sup>36</sup>.

En el contexto costarricense, Jinesta Lobo indica que las sentencias sustitutivas suponen una innovación del ordenamiento jurídico preexistente, ya sea por a) introducir nuevas normas legislativas de eficacia general o b) poner en vigencia normas legislativas previamente derogadas por las que son declaradas inconstitucionales. Se alcanza el primer supuesto incluso cuando de un artículo de una ley se declaran inconstitucionales una o varias palabras, una frase o un párrafo, con lo que cambia el contenido y el sentido de la norma original, lo que ha sucedido en múltiples votos de la Sala Constitucional. Así:

*una hipótesis más intensa la constituye cuando la Sala Constitucional indica una nueva redacción de un artículo legislativo. El segundo supuesto (puesta en vigencia o reviviscencia de normas derogadas) se produce, la mayoría de las veces, para evitar graves dislocaciones de la seguridad jurídica, la justicia o la paz social (artículo 91, párrafo 2° LJC), colmando una laguna en el ordenamiento jurídico, por lo menos transitoriamente. Lo anterior, obviamente, no*

*enerva la posibilidad del legislador ordinario de dictar una nueva legislación conforme al parámetro constitucional, por lo que, pueden contener de manera explícita o implícita una exhortación al legislador ordinario para regular de nuevo el sector que cubría la legislación anulada por inconstitucional*<sup>37</sup>.

De lo anterior, se deduce, con toda claridad, que los diversos tipos de sentencias manipulativas (reductoras, aditivas y sustitutivas) son compatibles con el principio democrático, siempre que posean **efectos provisionales, así advertidos por el juez o la jueza constitucional** al utilizarlas. De tal forma, le corresponde al legislador, en última instancia, la reparación del precepto impugnado acorde con las exigencias constitucionales, así declaradas por el juez o la jueza en su sentencia.

Ahora bien, en lo que atañe a **las sentencias aditivas**, Díaz Revorio observa que se trata de aquellas sentencias manipulativas que, sin incidir en el texto de la disposición legal, establecen la inconstitucionalidad de un precepto, produciéndose el efecto de extender su contenido normativo con respecto a supuestos no contemplados expresamente en la disposición, o

36 Gascón, M. y otro. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 283. Sobre el particular, José Acosta Sánchez sostiene “las sentencias sustitutivas, sentența substitutive, con las cuales se toca ciertamente, el punto extremo de la interpretación, [...] y la “manipulación” de la ley alcanza con ellas, sin lugar a dudas, su grado máximo, puesto que logra una metamorfosis completa del sentido de la ley. Esta manipulación “normogenética” confiere, en efecto, a esta técnica un doble objeto [...], presentándose con los rasgos de una técnica de interpretación a dos tiempos, ya que persigue, por una parte, retirar de la disposición discutida una norma o un fragmento de norma contrario a la Constitución, y, por otra parte, introducir una norma conforme a las exigencias constitucionales; por una parte,, el Tribunal “demuele el contenido de la disposición impugnada”, y por la otra, “lo reconstruye [...] en línea con los principios constitucionales; se trata de una forma singular de la anulación parcial cualitativa que permite, sin tocar el cuerpo del texto, alcanzar a su sustancia el Tribunal Constitucional utiliza la anulación parcial cualitativa para ejecutar una sustitución de normas”. Ver Acosta Sánchez, J., *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, op. cit., p. 291. Asimismo, sobre el tema Sagüés afirma: “Sentencia manipulativa sustitutiva: Entendida como la manifestación más dura (y, por ende, muy discutible) del poder legisferante positivo de un tribunal constitucional, en tal hipótesis éste destruye una norma que califica como inconstitucional, y en su lugar, la reemplaza por otra regulación acorde con la Constitución. Véase Sagüés, N., *Derecho Procesal Constitucional, Logros y Obstáculos, Reflexiones sobre los retos y la codificación del derecho procesal constitucional las fronteras del control de constitucionalidad y los avances del amparo*. Konrad –Adenauer- Stiftung. (2006). Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 76.

37 Jinesta Lobo, E. (2014). *Derecho procesal constitucional*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. Ciudad de México: Editorial Porrúa. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 101, pp. 489-490.

bien, ampliándose sus consecuencias jurídicas. Como veremos:

*la inconstitucionalidad recae en este caso en una norma no expresa, que excluye o impide la extensión de la norma; o bien -desde otro punto de vista, o en otros supuestos- dicha inconstitucionalidad no recaería sobre la disposición ni sobre la norma, sino sobre la omisión o la laguna legal*<sup>38</sup>.

Por su parte, Sagüés afirma que es la que añade algo a un texto legal para tornarlo compatible con la Constitución. En algunos casos, se cubre un vacío constitucional o legal. En otros (sentencias integradoras), se incluye a alguien inconstitucionalmente excluido de un beneficio o situación legal<sup>39</sup>.

En el contexto costarricense, Jinesta Lobo sostiene que las aditivas se producen en el contexto de las omisiones legislativas relativas, en la medida que existe una previsión legal para un grupo determinado, pero no se extiende a otro, lo que va en perjuicio de estos. “En este tipo de sentencias el Tribunal Constitucional puede hacer una interpretación extensiva o recurrir a la analogía, creando la norma para el caso concreto, para

completar la previsión legislativa y extenderla a los grupos ilegítimamente excluidos”<sup>40</sup>.

De esta forma, la doctrina ha señalado que las sentencias aditivas normalmente se verifican en los supuestos en que, ante una aparente violación del principio de igualdad o de una omisión parcial o relativa, la norma legislativa, sus efectos, es omisa respecto de ciertas situaciones o grupos, de tal forma que mediante este tipo de sentencias, el tribunal constitucional extiende los alcances del precepto cuestionado a los grupos soslayados.

Por otro lado, en el supuesto de las **sentencias manipulativas reductoras** consisten en hacer una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado, a fin de “conformarlo” a la Constitución. Así, “*tras la interpretación, la regla deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por el enunciado legal*”<sup>41</sup>.

Un ejemplo de lo anterior, según Marina Gascón, es la sentencia del Tribunal Constitucional español 5/81, en cuanto redujo los alcances de la aplicación de los artículos 34.3 b y 34. 2, para entender que solo cubre a los centros privados no financiados con fondos públicos y no a los

38 Díaz Revorio, F. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional, significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, op. cit., pp. 146.

39 Sagüés, N. *Derecho Procesal Constitucional, Logros y Obstáculos, Reflexiones sobre los retos y la codificación del derecho procesal constitucional las fronteras del control de constitucionalidad y los avances del amparo*, op. cit., pág. 76. Sobre este particular, Marina Gascón añade: “Las sentencias aditivas consisten en hacer una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado, a fin de “conformarlo a” la Constitución: tras la interpretación, la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal”. Ver Gascón, M. y otro. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 283.

40 Jinesta Lobo, E. *Derecho procesal constitucional*, op. cit., p. 489.

41 Gascón, M. y otro. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 284.

*“centros sostenidos por la Administración con fondos públicos”<sup>42</sup>.*

Tales tipos de interpretaciones manipulativas (sustitutivas, aditivas y reductas) sin duda tienen múltiples implicaciones sobre el principio democrático y la especial dignidad de la ley. Por este motivo, el tribunal constitucional debe proceder con suma cautela en esta materia, en atención del principio de la autocontención, y evitar invadir competencias legislativas, o bien de la jurisdicción ordinaria, cuando en lugar de limitarse a descartar las interpretaciones inconstitucionales, mediante el ejercicio de la interpretación conforme, también señala o estipula cuál es la mejor interpretación, con lo que el juez o la jueza constitucional asume competencias en este escenario de un juez o una jueza de casación.

Otro tipo de sentencias que suelen utilizar los tribunales constitucionales, particularmente, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, son **las sentencias de mera inconstitucionalidad o de inconstitucionalidad sin nulidad**. En estas, se declara la inconstitucionalidad de la ley, pero no es anulada, sino que se emplaza al legislador a reparar la situación de inconstitucionalidad por la vía legislativa y se emiten unas directrices con efectos provisionales, mientras no se dicte la nueva legislación.

## VI. Conclusiones

Pues bien, en este trabajo, hemos desarrollado, por una parte, la distinción entre el Estado legislativo de derecho y el Estado constitucional de derecho

que se ha desarrollado durante los siglos XIX y XX, respectivamente, en el constitucionalismo europeo. De esta forma, una vez que hemos mencionado las notas características del Estado constitucional de derecho, hemos distinguido entre los controles jurídicos y políticos que el texto fundamental impone frente a las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos. Sobre el particular, se puede comentar que, en la mayoría de los sistemas constitucionales, prevén sistemas híbridos de control de constitucionalidad, pues coexisten ambos tipos.

Además, hemos dedicado unas líneas sobre los fenómenos de la judicialización de la política y la politización de la justicia, así como el activismo judicial, los cuales se verifican en la actividad de los tribunales constitucionales. En este orden, en lo que toca a la Sala Constitucional de Costa Rica, se pueden comentar varios ejemplos de judicialización de la política, como lo fueron en su caso, la aprobación reciente del Pacto Fiscal (que suponía un paquete de impuestos) y, hace algún tiempo, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, República Dominicana y Centroamérica. Mucho se debe discutir sobre este fenómeno.

Finalmente, hemos desarrollado el principio de la interpretación de conformidad con la Constitución, así como las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales en el ejercicio de esta interpretación. También hemos señalado que, en el dictado de este tipo de sentencias, las decisiones del juez o de la jueza constitucional deben tener efectos provisionales, de tal forma que

42 Gascón, M. y otro. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, op. cit., p. 284. Al respecto, Díaz Revorio sostiene: “Entre las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo que deriva conjuntamente de un texto, sin afectar a éste, el primer y más simple supuesto está constituido por aquéllas que, como consecuencia de dicha declaración de inconstitucionalidad, conllevan una reducción de la extensión del contenido normativo. Dicha reducción se produce en el ámbito de aplicación del precepto, considerándose así constitucionalmente inaplicable en alguno de los supuestos en él contemplados genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas previstas en el propio precepto”. Díaz Revorio, F. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional, significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, op. cit., p. 136.

sea el legislador democrático, quien, finalmente, repare la situación impugnada y la ajuste a los estándares constitucionales.

También hemos indicado que el principio de interpretación de conformidad con la Constitución tiene ciertos límites frente al legislador y la justicia ordinaria, de tal forma que, con ocasión del dictado de estas sentencias interpretativas, el juez o la jueza constitucional debe evitar suplir al legislador o al juez o a la jueza de casación.

## VII. Bibliografía

Angel, A. y otros. *The judicialization of politics in Latin América*. Palgrave Mac Millan.

Aragón, M. (1995). *Constitución y control del poder*. Madrid: Ediciones Ciudad Argentina.

Bagehot Wálter, (2010). *La Constitución inglesa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Balaguer Callejón, M. (1997). *La interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Tecnos, Sociedad Anónima.

Beltrán de Felipe, M. y otro. (2006). *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Segunda Edición. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Brenes Villalobos, L. (2013). *El rol político del juez electoral*. Editorial IFED-TSE.

Carrillo López, M. (2019). *Derechos fundamentales y pluralismo jurisdiccional*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Ciudad de México: Editorial Porrúa. 144.

Díaz Revorio, F. (2001). *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional, significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*. Madrid: Lex Nova.

Ferreres, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo de justicia constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

Gascón, M. y otro. (2015). *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Editorial Palestra.

Gonzáles Morales, F. (2013). *Sistema interamericano de derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jinesta Lobo, E. (2014). *Derecho procesal constitucional*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. Ciudad de México: Editorial Porrúa. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 101.

Martínez Baharona, E. *Seeking the political role of the third government branch. A comparative approach to high courts in Central América*, Saarbrücken: VDM Verlag.

Pegoraro, L. *Control jurisdiccional vs. Control Político: La erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 23(1).

Prieto Sanchís L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Rotunda, Ronald D. y otro. (2016). *Principles of Constitutional Law*. Firth Edition, West Academic Publishing, U. S. A.

Sagüés, N. (2006). *Derecho procesal constitucional, logros y obstáculos. Reflexiones sobre los retos y la codificación del derecho*

*procesal constitucional las fronteras del control de constitucionalidad y los avances del amparo.* Konrad –Adenauer- Stiftung. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Solís Fallas, A. (2000). *Control político y jurisprudencia constitucional.* Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, CONAMAJ, San José.

Tarello, G. (2018). *La interpretación de la ley.* Lima: Palestra Editores.

Véase Alcoberro Llivina, C. (2015). La cuestión prioritaria de constitucionalidad francesa: Balance a los cinco años de su entrada en vigor. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.* Ferrer Mac-gregor E. Director, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, n.º 23.

Zagrebelsky, G. (2007). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* Séptima edición, Madrid: Trotta.

# LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA: ANTECEDENTES PARA SU CREACIÓN Y AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

M.Sc. Jeffry Antonio Chinchilla Madrigal\*

## RESUMEN

El presente artículo es un trabajo descriptivo que busca dar a conocer, desde su realidad histórico-jurídica, una institución de significativa huella en la sociedad costarricense: la Universidad de Costa Rica. El artículo se divide en dos partes: Una primera sección, si se quiere histórica, da cuenta del surgimiento —y contexto— de la universidad en Costa Rica en el periodo 1814-1940. Posteriormente, una segunda sección condensa el antecedente inmediato o de creación de la Universidad de Costa Rica, junto con el de su autonomía universitaria según el marco jurídico constitucional vigente.

**Palabras clave:** *Universidad, Universidad de Costa Rica, autonomía universitaria, independencia, capacidad jurídica plena, administración, gobierno, organización.*

## ABSTRACT

*This paper is a descriptive work oriented to present an institution that has made a significant impact in the Costa Rican society, from its historic/legal perspective: Universidad de Costa Rica. The paper is divided into two different sections: first part, a historical one so to speak, elucidates the appearance and context of Universidad de Costa Rica during the year of 1814 and 1940. The second part summarizes the immediate antecedent or creation of Universidad de Costa Rica and its university autonomy in accordance to the existent constitutional and legal framework.*

**Keywords:** *University, Universidad de Costa Rica, university autonomy, independence, full legal capacity, management, government, organization.*

Recibido 6 mayo

Aprobado 12 agosto 2020

---

\* *Abogado, asesor legal de la Oficina Jurídica de la Universidad de Costa Rica (UCR). En esta universidad, ha sido profesor en la carrera de Archivística de la Escuela de Historia, en la Maestría Profesional en Diplomacia del Programa de Posgrado en Administración Pública en colaboración con el Instituto del Servicio Exterior —Manuel María de Peralta— del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, así como profesor sustituto de varios cursos en la Facultad de Derecho. Licenciado en Derecho con énfasis en Formación de Jueces y máster en Derecho Público, ambos programas de la UCR. Especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad De La Salle. Actualmente, es doctorando de la Universidad de Navarra, España. Correo electrónico: chinchilla.jeffry@gmail.com*

## Introito general

El presente artículo es un trabajo descriptivo que busca dar a conocer, desde su realidad histórico-jurídica, a una institución de significativa huella en la sociedad costarricense: la Universidad de Costa Rica.<sup>1</sup>

Tiene una importante huella social porque, sin lugar a duda, la institución universitaria ha sido formadora por excelencia de muchas mujeres y hombres a lo largo de ochenta años. Incluso, continuando el legado que, desde épocas anteriores, incipientes instituciones que la precedieron en su misión llevaron a cabo.

Pero también es cierto que la UCR, como la conocemos con aprecio, no solo ha cumplido una encomiable tarea formativa, ha sido también y es puntera de brújula marcando el norte del desarrollo de la ciencia, la belleza, la verdad, las artes y las humanidades en nuestro país.

En un contexto como el que aqueja a Costa Rica donde el Estado social de derecho se ve amenazado por movimientos de corte neoliberal que buscan socavar las distintas conquistas sociales, se hace meritorio, teniendo a la vista el marco constitucional, conocer mejor a la Universidad en su realidad jurídica y en su autonomía universitaria.

En ese sentido, se desarrolla el presente artículo. Su propósito no es sino aquel que procura despejar cualquier duda sobre estas dos cuestiones:

realidad jurídica de la Universidad y autonomía universitaria.

Para ello, el artículo se divide en dos partes: una primera sección, si se quiere histórica, da cuenta del surgimiento –y contexto– de la Universidad en Costa Rica en el periodo 1814-1940. Posteriormente, una segunda sección condensa el antecedente inmediato o de creación de la Universidad de Costa Rica, junto con el de su autonomía universitaria según el marco jurídico constitucional vigente.

## I. La institución universitaria en Costa Rica

### A. La Casa de Enseñanza de Santo Tomás

En épocas de la colonia y, aún antes de independizarse de España, Costa Rica vivía un ambiente sumamente complicado desde el punto de vista socioeconómico; lo anterior, debido a las condiciones de marginalidad geográfica que el país poseía con respecto a los centros de vida política del Imperio español<sup>2</sup>.

En temas de educación o instrucción, que es nuestro interés, resulta que aún pasada la independencia, muy pocas personas sabían leer y escribir. Cuando menos, existían unas escuelas –podemos denominar– de *primeras letras*, así como algunas pocas órdenes religiosas que, a cargo de sacerdotes y religiosos, brindaban una educación no formal en algunas temáticas del conocimiento. No obstante, las posibilidades

1 El presente artículo se nutre de algunos recursos teóricos retomados por el autor de su tesis de maestría. El autor agradece a la Universidad de Costa Rica el apoyo brindado para la realización de este artículo; particularmente, al Sistema de Bibliotecas, Documentación e Información (SIBDI) de esta institución por la amable cooperación en el envío de información necesaria para su desarrollo.

2 Vid., Patricia Hernández Rivera. (2013). *Antecedentes históricos de la educación en Costa Rica: de la colonia a la apertura de la Facultad de Odontología*. Revista Odovtos: International Journal of Dental Sciences, 15: pp. 82-83.



culturales en ese sentido no eran abiertas para todos, sino para los sectores mejor adinerados<sup>3</sup>.

Para la época, el valle central era la zona de Costa Rica con mayor densidad poblacional. Eso permitía a los pobladores de este sector acumular una importante riqueza a partir de la explotación agrícola<sup>4</sup>, particularmente del cultivo de ciertos productos como el tabaco y la caña de azúcar (la profundización del cultivo de café no sería hasta 1830<sup>5</sup>). Todo esto, ya por sí, redundaba en réditos educacionales para las familias más acaudaladas que años atrás proveían a sus hijos e hijas de un maestro en casa<sup>6</sup>. Con todo, la educación *institucionalizada* no había aún echado sus cimientos para su culta formalización.

No fue sino hasta por los años de 1814 y siguientes, cuando en San José surgió un movimiento vecinal para crear un centro de formación — una casa de estudios— que les permitiera a los jóvenes una verdadera educación en las primeras letras (escritura, lectura y principales operaciones aritméticas); pero, además, cuyo proyecto país a mediano y largo plazo fuera formando una casta de costarricenses para el manejo y gobierno de los asuntos de la cosa pública<sup>7</sup>.

Como don Carlos Monge Alfaro indica en su libro *La Universidad en el desarrollo histórico nacional*:

*[...] la iniciativa de los vecinos de San José tendiente a crear en 1814 una casa de estudios bajo el patronazgo de Santo Tomás, es bueno interpretarlo no como simple actitud de unos pocos señores o familias, sino como un aspecto de un proceso histórico en el cual destacan ya la nota económica —cultivo del tabaco— y la social —conformación de grupos de personas emprendedoras, beneficiarias en parte de la comercialización de ese producto; y que actuaban a manera de incipiente clase que con el tiempo y mediante otras faenas serán junto con otros arquitectos de la Costa Rica Republicana<sup>8</sup>.*

Fue así como por encargo delegado en el procurador síndico, presbítero Manuel Alvarado, el 24 de abril de 1814, el Ayuntamiento local de la comunidad de San José —hoy capital de Costa Rica— creó la Casa de Enseñanza de Santo Tomás como lugar de estudios, cuya resonancia social derivaba de la Constitución de Cádiz de 1812<sup>9</sup>.

Al respecto, don Paulino González Villalobos señala que:

*[...] el hecho de haberse fundado en la ciudad de San José, no obstante que Cartago era la capital de provincia, obedeció a condiciones socioeconómicas que explican la hegemonía política que principiaba a ejercer esta ciudad. En efecto, el desarrollo*

3 Vid., *ibid.*, p. 82.

4 Vid., Iván Molina Jiménez. (Agosto 2007–febrero 2008). Educación y sociedad en Costa Rica: de 1821 al presente (una historia no autorizada). *Diálogos: Revista Electrónica de Historia* 8, n.º 2, p. 152.

5 Vid., *ibid.*, p. 153.

6 Vid., Yamileth González García. (1991). “La Universidad de Santo Tomás: una polémica sin cuartel”. En *Historia de la educación superior en Costa Rica* San José: Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, pp. 10-11.

7 Vid., Carlos Monge Alfaro. (1978). *La universidad en el desarrollo histórico nacional*. San José: Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, Departamento de Publicaciones, p. 17.

8 *ibid.*, pp. 18-19.

9 Vid., *ibid.*, p. 19.

*de una activa vida económica sustentada en la producción de la caña de azúcar y tabaco, con base en la cual se empezaba a realizar un importante comercio exterior y se ampliaba el movimiento de mercancía en el interior; fue, dentro de nuestra interpretación, el factor estructural e histórico que permitió el liderazgo político-ideológico, de tipo educacional, en esta ciudad y que favoreció la creación de esta Casa de Estudios, lo cual se vio por la facilidad abierta al cambio y el espíritu de colaboración popular propio de los josefinos, que tienen su sostén teórico en la poca resistencia que pusieron a la introducción de los principios liberales<sup>10</sup>.*

Desde el punto de vista organizacional, se trató de una institución puesta bajo el auspicio del Ayuntamiento de San José<sup>11</sup> que, en lo interno, se encontraba dirigida por un rector del cual dependían las dos alas educacionales del claustro: la superior, con las cátedras de Gramática, Filosofía, Teología Moral y Sagrados Cánones y la de primeras letras que funcionaba, ya por sí, como las otras escuelas que existían en la provincia<sup>12</sup>.

Así se mantuvo el centro de enseñanza hasta el 10 de diciembre de 1824, cuando el gobierno del Estado, liderado por Juan Mora Fernández, decidió reconvertirla al darle un sentido más formal, digamos: *preuniversitario*<sup>13</sup>, al concebirse por vez primera el grado de bachiller, a la vez que se le dotó de una serie de finanzas propias para el desarrollo de su gestión.

Tal y como don Paulino González Villalobos<sup>14</sup> lo reseña, la Casa de Enseñanza de Santo Tomás pasó por cuatro etapas de reorganización: (a) La reorganización a cargo del obispo García Jerez; (b) la reorganización en 1822; (c) la reforma de 1823 y (d) la reorganización de 1824. Veamos rápidamente estas etapas por separado:

(a) La fundación de la Casa de Enseñanza de Santo Tomás estuvo marcada por un anhelo liberal que, sin embargo, no se consolidó debido a que la institución fue organizada —en lo docente— bajo el modelo colonial de una educación confesional. Este matiz tomó un aire más asentado gracias a la influencia del obispo García Jerez, quien por aquellos años, se encontraba de paso por Costa Rica e influyó notablemente para que la institución de enseñanza se fortaleciera con valores cristianos<sup>15</sup>.

*En efecto, un año después de la fundación intervino el obispo García Jerez —que por ese entonces estaba de visita por Costa Rica— quien la reorganizó, en los siguientes aspectos: a) Le puso bajo el patronazgo de Santo Tomás de Aquino; b) La dependencia académica sería ahora de la Universidad de León y no del Ayuntamiento; c) En cuanto a la jerarquía interna: 1) Encargó al Rector de la formación moral, religiosa y política de los educandos, así como de la sanidad financiera de la institución, 2) Creó el puesto de Vice-Rector, encargándole de los planes de estudio; d) En lo relativo*

10 Luis Paulino González. (1989). *La Universidad de Santo Tomás*. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, p. 33.

11 “La Casa de Enseñanza de Santo Tomás empieza a funcionar en el edificio de la Factoría de Tabacos, bajo la dirección del Rector Bachiller Rafael Francisco Osejo (nicaragüense) de quien su conducta, su genio y la luces que posee, le hacen acreedor de esta confianza”. González. *La Universidad de Santo Tomás: polémica sin cuartel*, p. 11.

12 Vid., González. *La Universidad de Santo Tomás*, p. 34.

13 Vid., *ibid.*, p. 39.

14 Vid., *ibid.*, pp. 34 y ss.

15 Cf., *ibid.*, 34-35.

*a vacantes, asistencia y actos literarios, la Casa quedó supeditada a lo dispuesto por la Universidad de León; e) Dejó la vida académica impregnada de un profundo espíritu confesional, el cual exigía a los profesores velar por la formación cristiana de los pupilos. Para tales efectos se les exigía a los estudiantes asistir diariamente a misa y al rosario y comulgar a juicio de sus preceptores; f) Aumentó la curricula con la cátedra de Derecho Real<sup>16</sup>.*

A raíz de algunos problemas que surgieron en lo interno de la Casa de Enseñanza, muy especialmente de tipo disciplinario entre las autoridades del centro y algunos docentes, el ayuntamiento intervino y nombró una comisión para reformar la manera como se habían venido gestando y organizando los quehaceres ordinarios de la institución<sup>17</sup>.

(b) Como resultado de este trabajo, en 1822 surgió un reglamento que hacía regresar a la Casa de Enseñanza bajo la égida del ayuntamiento (recordemos que el obispo García Jerez la había sitiado a merced de la Universidad de León). Este aspecto permitió el desarrollo de las iniciales doctrinas liberales por las que aquellos afanados vecinos de San José habían propulsado

su creación. No obstante, desligar del todo a la entidad educacional de los controles universitarios de León implicó, como efecto rebote, unos controles mayores de parte del ayuntamiento que, agregamos, si se nos permite, mermaron “algo” de autonomía —aunque, en esos años, nada se hablaba de esta *cualificada garantía*— ya que los docentes tuvieron que rendir cuentas de forma mensual a dicha entidad política. Asimismo, el síndico de gobierno tuvo injerencia de no menor importancia en las decisiones propias de la vida académica; por ejemplo, en la aprobación de la matrícula de los estudiantes o, incluso, en la de los cursos que se impartirían<sup>18</sup>.

Aunque durante este periodo se eliminaron algunas prácticas groseras de corrección de los estudiantes, se mantuvieron otras —también humillantes— que no surtieron los efectos esperados<sup>19</sup>; esto generó un descontento generalizado en los estudiantes que hizo que el Ayuntamiento en 1823 nombrara —de nuevo— una comisión de reforma de los estatutos disciplinarios recién reacomodados<sup>20</sup>.

(c) Curiosamente, lejos de avanzarse en el tema de la corrección, se decidió volver a implementar algunos métodos de castigo ya superados (como el uso de la *palmeta*<sup>21</sup>). Sin embargo, esta nueva

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>17</sup> Cf., *ibid.*, p. 36.

<sup>18</sup> Cf., *ibid.*, pp. 36-37.

<sup>19</sup> Vid., *ibid.*, p. 37.

<sup>20</sup> Cf., *ibid.*, p. 38.

<sup>21</sup> Según el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, acepción n.º 1 del término, la palmeta era un “[i]nstrumento que se usaba en las escuelas para golpear en la mano, como castigo, a los niños”. En: <https://dle.rae.es/palmeta?m=form>, (consultado el 1 de abril de 2020).

reforma no duró mucho porque, en 1824, algunos miembros de la *Tertulia Patriótica*<sup>22</sup> consideraron que debían incorporarse las ideas de la Ilustración como desarrollo deseado para el país<sup>23</sup>.

(d) Finalmente, la cuarta etapa, coinciden algunos, es la que conllevó una mayor crisis en el desarrollo y organización de la Casa de Enseñanza de Santo Tomás, por cuanto permitió un replanteamiento profundo para marcar un antes y un después en el porvenir de la institución. Sobre esto, la historiadora doña Yamileth González García nos dirá que:

*[e]n esa oportunidad son los miembros de la tertulia Patriótica, los “liberales ilustrados”, Presbo. Manuel Alvarado, Joaquín Rivas y Pedro Zeledón quienes redactan los estatutos, que el gobierno de Juan Mora Fernández convierte en ley del estado. Este decreto le confiere a la casa de enseñanza un carácter estatal y para que pueda cumplir con los nuevos objetivos se fortalecen los fondos de la institución*<sup>24</sup>.

Este elemento es fundamental, por cuanto la Casa de Enseñanza deja de ser en sentido estricto una “semicorporación” al servicio del Ayuntamiento y pasa a alinearse, de una vez por todas, al lado del Estado. Como explicábamos párrafos atrás, el 10 de diciembre de 1824, el Congreso emite un decreto por el cual se le da sentido oficial a la Casa de Enseñanza, asistiéndosele para el 26 de abril de 1825 –casi medio año después– de un reglamento propio socorrido de unas finanzas estatales para su sostén.

En otras palabras, desde estas fechas, el Gobierno de la República (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo), en virtud de los actos mencionados, absorbe la institución en su todo, podemos indicar que la “centraliza” en su administración incipiente para el propósito medular de –cual se tratara de una política de Estado a lo nacional–, “[...] preparar la burocracia necesaria para la buena marcha de la Administración pública costarricense; asunto que quedó patentizado al garantizarse por ley la prioridad para los

22 *Las tertulias patrióticas*, en decir de doña Alicia Alfaro Valverde y don Maynor Badilla Vargas, fueron grupos de ciudadanos “[...] mediante las cuales se fue creando un sentimiento a favor de la moral y la ética de quienes integraban el Gobierno. La constitución de Las Tertulias Patrióticas fue un paso de real importancia para fomentar el espíritu cívico de los ciudadanos y para abrir espacios de discusión que promovieran una “vida cívica”, a raíz de la apertura de Costa Rica a los mercados internacionales. Las ideas de fortalecer la educación costarricense en el siglo XIX —especialmente en áreas como las letras, la música, la ciencia, el derecho, etc.—, de abrir espacios de análisis para plantear la reflexión de los problemas que enfrentaba “la nación”, motivaron el desarrollo de órganos donde se pudiera discutir sobre las temáticas que surgían con la conformación del Estado Nacional, dicho sea de paso, tales órganos ya existían en otros países centroamericanos y europeos. [...] En Costa Rica, especialmente en el siglo XIX, al igual que en otros países de América, debido a los procesos que se gestaron como producto de las ideas de independencia y libertad, se desarrolló una serie de reuniones de intelectuales interesados en abrir espacios de discusión y de análisis de temas de interés nacional; por ello, su variedad se convirtió en el escenario propicio para la reflexión. De acuerdo con González, F. (1961) en el siglo XIX surgieron instituciones culturales que coadyuvaron a la educación y a las Sociedades Científicas, entre ellas las Tertulias Patrióticas, que se convertirían en centros de reunión y de discusión de aspectos directamente relacionados con la educación, la lectura, la música, la ciencia, entre otras áreas”. “La Tertulia Patriótica: una herramienta didáctica para el abordaje de la historia de Costa Rica”. *Revista Herencia* 27, n.º 1-2 (2014): pp. 9-10.

23 Cf., González, *La Universidad de Santo Tomás*, p. 38.

24 González. *La Universidad de Santo Tomás: polémica sin cuartel*, p. 12.

egresados de la Casa, en la opción por los puestos públicos”<sup>25</sup>.

## **B. El contexto centralizador-administrativo de don Braulio Carrillo: Antecedente de la Universidad de Santo Tomás**

Para finales de los años 30 y principios de los 40 del siglo ante pasado, el presidente don Braulio Carrillo Colina inicia una era de centralización administrativa que propende a fortalecer el Estado. También, se desarrolla un modelo de política exterior económica, se organiza la Hacienda pública, se da una fuerte transformación del ordenamiento jurídico, no solo con el Decreto de Bases y Garantías de 1841, sino también con el Código General, entre otras acciones<sup>26</sup> y, particularmente, además del fortalecimiento suscitado a la Casa de Enseñanza de Santo Tomás y el financiamiento de la educación, *se centraliza administrativamente la educación*. Esto es esencial tenerlo en cuenta por su impronta en el surgimiento de la universidad.

En el Decreto de Bases y Garantías (artículo 6, inciso 1), se llegó a establecer que los jefes políticos estarían encargados de cuidar y velar por la enseñanza, lo cual conllevó un cambio fundamental en el manejo de la educación, ya que pasaría de estar en manos de los ayuntamientos a formar parte del Gobierno del Estado a través de aquellos jefes departamentales. Esto sucedió por un problema serio de insuficiencia administrativa en la forma como se gestionaba la educación en los ayuntamientos, y que el Gobierno central trató de subsanar recogiendo como suya la función educativa.

*[...] no debía ser de otra manera; pues las municipalidades no podían ser garantes de un efectivo sistema educativo uniforme y acorde con las necesidades del país, porque contaban con poca capacidad para ello, sus fondos eran escasos y poseían una concepción política limitada y localista, opuesta como se vio en 1823 y 1835 a los intereses generales. Don Braulio comprendió la responsabilidad estatal en*

25 González. *La Universidad de Santo Tomás*, p. 40. De hecho, para el otrora profesor de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, don Jorge Enrique Guier, desde que el Lic. Manuel Aguilar Chacón abre la Cátedra de Derecho Romano —nos lo relata doña Yamileth González García—, se hace con el propósito de preparar los elementos idóneos para el desempeño de la cosa pública; por ello a partir de este dato se puede pensar que, en Costa Rica, a la par del elemento del otorgamiento de títulos de bachiller, aparece en su esencia por vez primera una instancia de corte universitario. Cf., González. *La Universidad de Santo Tomás: polémica sin cuartel*, p. 12.

26 “Don Braulio Carrillo, durante su segunda administración, ya liberado de la tutela de la República Federal, empezó la dura tarea de organizador emitiendo la Ley de Bases y Garantías, el 8 de marzo de 1841, a manera de carta constitucional, mediante la cual logró, dentro de un rígido marco de autoritarismo, organizar al Estado dentro de una vida institucional en la que se legitimaba su independencia y soberanía con respecto a todas las naciones del mundo y se les garantizaba a los ciudadanos costarricenses las garantías individuales de libertad de reunión, libertad de expresión, igualdad ante la ley y otras más que ordenaba la vida civil y defendían la propiedad privada. En esa misma línea dictó los Códigos Civil, Penal, de Procedimientos y el de Policía, modernizando a la legislación costarricense, que hasta ese momento seguía el ordenamiento jurídico legado por España, lleno de anacronismos. Inadaptado a las necesidades del nuevo orden social. También Carrillo se preocupó por ordenar la Hacienda Pública e incrementar la producción nacional mediante la emisión de leyes tales como el primer arancel de aduanas que tuvo Costa Rica (22 de mayo de 1839), el cual fue corregido y aumentado en 1840 y sustituido por una Ley Orgánica de la materia en diciembre de 1841; la apertura al comercio exterior del Puerto de Puntarenas; la liberación de impuestos de portazgo a los barcos de nacionalidad chilena y peruana; las órdenes para construir carreteras que vincularan la región del Valle Intermontano con ambos mares y los repartimientos de tierras en las Pavas, entre otras; lo cual significa, en última instancia, el establecimiento de una legislación favorable a la institución de vínculos comerciales con los centros de negocios del exterior, para así desarrollar la economía nacional con base en el estímulo de los mercados extranjeros y paralelamente fortalecer las finanzas públicas mediante tasas arancelarias. Es decir, Costa Rica se abría a una política libre cambista, para caer en el futuro en todos los problemas consecuentes del “desarrollo hacia afuera”. González. *La Universidad de Santo Tomás*, pp. 44-45.

*la función educativa; lógica y primordial para la sociedad, y legisló en consecuencia [...]. [Para aquella época, en general], la educación experimentó significativos avances, con las trascendentales disposiciones de Carrillo, y él, sin lugar a dudas, es el precursor del principio de su centralización en manos del Estado [...]*<sup>27</sup>.

### C. La Universidad de Santo Tomás: anticipo de la Universidad de Costa Rica

Indicamos que aquel proceso centralizador-administrativo de lo educativo también se acompañó de un mayor fortalecimiento y modernización del Estado al lado del impulso de un modelo de desarrollo económico exportador afianzado<sup>28</sup>. Esta situación, asistida, además, de factores exógenos como las tensiones políticas con el resto de Centroamérica, que hacían repensar el tema educativo como una política *ad intra*, produjo que, en nuestro país, se replanteara la redefinición de un modelo universitario para la sociedad floreciente.

Fue así como, mediante la Ley del Estado del 3 de mayo de 1843, se erigió la Universidad de Santo

Tomás —anterior Casa de Enseñanza—, como parte de ese papel *centralizador*<sup>29</sup> del Estado que le exigía ser el proveedor por excelencia de la enseñanza pública costarricense.

La creación de la Universidad de Santo Tomás también se motivó en una causa “psico-social”, a la vez que política, por la impronta que llevaba enviar jóvenes costarricenses a formarse al extranjero, lo que suponía su permanencia indefinida y el tener que “salir a mendigar” a lugares extraños, además del peligro que conllevaban las revoluciones en los países centroamericanos y ni qué decir ya de los recursos que perdería la nación al costear estudios de alto gasto con el envío de divisas al extranjero<sup>30</sup>.

Interesado a conocer algunas de las motivaciones<sup>31</sup> de los creadores de esta ley de 1843, ya por sí, inmersos y casados —estos legisladores— en la dimensión de la centralización administrativa de la educación pública antes mencionada:

*- [...] es el primer deber de un buen Gobierno, promover la instrucción pública, adoptando las medidas que le parezcan más seguras para obtener este grandioso e importante objeto, y para llenar así los*

27 José Villalobos Rodríguez, Luz Chacón de Umaña y Jorge Sáenz Carbonell. (2000). *Braulio Carrillo: El Estadista*. San José: Imprenta Nacional. Tomo II, pp. 278-279.

28 Por aquellos años “[...] se recogen en forma abundante los primeros frutos de una política agro-exportadora, pensada y realizada con paciencia benedictina por ciudadanos y gobernantes desde hacía tiempo. En el referido año empiezan las relaciones comerciales con Inglaterra, y con ellas el mejoramiento de las condiciones materiales de vida del país. También en la referida década nace un nuevo estilo en la concordia nacional pues se dio remate a problemas y tensiones que tenían entorpecidos el esfuerzo y la acción solidaria de todos los pueblos en consecución del progreso. [...] Ahora, vencidas y superadas las crisis, descongestionada la sociedad, con más serenidad, se aprestaba a orientar la historia por nuevos senderos. Nada mejor que aprovechar tan excelentes circunstancias culturales y materiales, para enfrentarse al más severo desafío de esos tiempos: poner mano en el orden educativo”. Monge. *La Universidad en el Desarrollo Histórico Nacional*, pp. 29-30.

29 “Es fundamental señalar que la Universidad se abre en el marco de una reestructuración e impulso a la educación primaria, secundaria y normal. [...] Más que fundar una nueva institución se trata de transformar la existente. La Universidad de Santo Tomás hereda el edificio, las rentas y los profesores. Legítima las cátedras que ya se imparten en las otras provincias y pretende, al igual que la Casa de Enseñanza de Santo Tomás, formar cuadros profesionales de medio y alto nivel para suplir las necesidades del desarrollo nacional”. González. *La Universidad de Santo Tomás: polémica sin cuartel*, pp. 14-15.

30 Al respecto, pueden verse las alusiones que hace doña Yamileth González García sobre los comentarios que, sobre estos menesteres, hicieron el presbítero Francisco Calvo y el Dr. José María Castro Madriz. Vid., *ibid.*, p. 14.

31 Cf., Luis Galdames. (1935). *La universidad autónoma*. San José: Editorial Borrás Hermanos, pp. 40-41.

*vehementes y justos deseos del pueblo, su comitente*<sup>32</sup>.

Otra motivación que ausculta el deseo de la clase política del momento de darle al Estado el control de la educación es:

*Que si las circunstancias de Costa Rica han estado hasta ahora en oposición a esta importante medida [la de crear un establecimiento universitario-estatal], burlando los esfuerzos del patriotismo y obligando a los jóvenes del Estado a salir del seno de sus familias a buscar; a grandes distancias y en extraño país, las ideas y los títulos del saber; a las mejoras que Costa Rica cuenta en su riqueza, y al aumento de sus habitantes corresponde que el Gobierno haga cualesquiera sacrificios y porque en el Estado se cultiven las ciencias y se proporcionen sus honores a la juventud que las adquiera*<sup>33</sup>.

*Salta a la vista el pensamiento dominante en aquellos legisladores. Dejaban constancia, desde luego, que era obligación del Estado proveer a la enseñanza pública; que esta obligación debería primar sobre cualquier otra, porque así lo exigía la conveniencia social; que el talento aplicado al estudio merecía consideraciones y recompensas especiales; que no era admisible la permanencia indefinida en el extranjero de los jóvenes que se ausentaban en busca del saber; y que todo sacrificio fiscal se justificaría para la implantación de un establecimiento de enseñanza superior en*

*que, por derecho propio, hallaran sitio las ciencias y las letras*<sup>34</sup>.

Puede notarse entonces cómo la aparición de la universidad en Costa Rica se erigió como elemento de avanzada para un país en proceso de formación del Estado. Y no es difícil tampoco imaginar cómo también la nueva clase política naciente, que fue propia de una *élite particularmente ilustrada*<sup>35</sup>, echó mano de los postulados filosófico-liberales<sup>36</sup> para gestar las distintas instituciones de la vida política y pública a través del derecho y la educación.

Asimismo, en aquel momento en su posición de ministro de Estado, fue el Dr. José María Castro Madriz quien repensó la posibilidad de establecer una institución universitaria propia en suelo costarricense, como centro de cultura nacional e instrucción y formación para la ciudadanía; pero también como semillero propio —como ya se indicó atrás— de los futuros profesionales del Estado que atenderían la administración de la cosa pública y el desarrollo económico de la nación.

En la fundación de la nueva universidad, se revelaba el germen de los nuevos modelos de vida ilustrados sobre la sociedad, el individuo, los derechos y las libertades públicas y la concepción de cultura y educación como motores de un país democrático.

Nuestro querido y siempre recordado rector de la Universidad de Costa Rica, don Rodrigo Facio Brenes, no incurre en error, cuando arguye que la Universidad de Santo Tomás fue una universidad colonial “fuera de la colonia”<sup>37</sup>; en otras palabras,

32 *Ibid.*, p. 40 (Así quedaba inscrito en el artículo 3 de dicha ley).

33 *Ibid.*, p. 41.

34 *Ibid.*

35 De suma relevancia, la influencia del Dr. José María Castro Madriz en la creación de la Universidad.

36 Cf., González. *La Universidad de Santo Tomás*, p. 45.

37 Cf., Monge. *La universidad en el desarrollo histórico nacional*, p. 31.

irrigada de un ideal de luces y transformadora de la persona humana, propio de la filosofía racionalista de corte occidental derivada de los siglos XVIII y XIX<sup>38</sup>.

Para algunos, como el profesor don Carlos Monge Alfaro<sup>39</sup>, de las palabras derivadas de los discursos del acto inaugural de la Universidad de San Tomás, especialmente los proferidos por el Dr. Castro Madriz y el presbítero don Juan de los Santos Madriz, se remarca el papel que se le da a la educación y, con esta, a la universidad en el plano abstracto, pero, también, en el práctico de la vida de una nación.

El Dr. Castro Madriz expuso:

*La ignorancia Señores, es el verdadero origen de todo el mal que se encuentra en la tierra; de todos los vicios que corrompen el mundo; de todos los crímenes y delitos que alteran el orden social. El que cede a una propensión viciosa, o se deja arrastrar de un impulso criminal, obra contra su propio interés, prefiriendo la satisfacción inmediata de un deseo extraviado, al goce permanente de los bienes que tuviera seguros mediante el*

*respeto a las leyes sociales y la observancia de una conducta honrada y justa*<sup>40</sup>.

*Advirtamos que se ha propagado en el mundo un espíritu de análisis y hay tal emulación en las naciones, que todo lo que no se ejecute conforme a los mejores principios, tendrá resultados desfavorables y que ningún pueblo podrá competir con los demás sin mucha actividad y sin mucha ciencia. Me explicaré más claramente. En otro tiempo los comerciantes y labradores, por ejemplo, no tenían más que seguir la rutina de sus abuelos para aumentar sus haberes o por lo menos conservarlos. En el día y cuando el más ínfimo oficio se estudia y ejerce científicamente, los negociantes y agricultores que carezcan de luces pueden verse arruinados con mucha facilidad*<sup>41</sup>.

*Triste del país que no tome a las ciencias por guía en sus empresas y trabajos. Se quedará postergado, vendrá a ser tributario de los demás, y su ruina será infalible, porque en la situación actual de las sociedades modernas, la que emplea más sagacidad y saber, debe obtener ventajas seguras sobre las otras*<sup>42</sup>.

38 Así también lo confirma doña Yamileth González García: “La Universidad de Santo Tomás adolece de muchos de los resabios de una institución arcaica de corte colonial, no solo en cuanto a su organización puramente administrativa sino en cuanto a los métodos de enseñanza, textos y apego a la doctrina cristiana y concepción moralista de la educación. La influencia de los liberales, desde las Tertulias Patrióticas, no logra transformar la lógica con que funciona el establecimiento, pero sí provoca fisuras y discusiones interesantes. Colonial y republicana, conservadora y liberal, ilustrada y religiosa la Casa de Enseñanza de Santo Tomás y luego la Universidad no son más que reflejo fiel de la etapa de transición que representa el siglo XIX. La ambigüedad, las contradicciones, los avances y retrocesos, las disputas y diálogos no difieren en gran medida de las que ocurren en distintos grupos de la sociedad de la época”. *La Universidad de Santo Tomás: polémica sin cuartel*, p.18.

39 Vid., Monge. *La universidad en el desarrollo histórico nacional*, pp. 30 y ss. En las páginas 35 y 36 concretamente, este autor sostendrá que, de las ideas del primero “[...] se deduce que el doctor Castro no pensó tan sólo en una Universidad puramente académica, desligada de las demandas y apremiantes necesidades del día; antes bien, imaginó que en ella recibirían preparación quienes necesitaran de la ciencia para cultivar los negocios, la industria y la agricultura. Por eso, la Universidad de San Tomás en muchos aspectos fue de su siglo, hija por un lado de la filosofía racionalista y de otro del positivismo”.

40 *Ibid.*, p. 32.

41 *Ibid.*, p. 33.

42 *Ibid.*, p. 35.



El presbítero don Juan de los Santos Madriz señaló<sup>43</sup>:

*La Universidad de Santo Tomás comienza hoy con la patria una nueva era, estableciendo el reinado de la razón de la justicia, de la ley*<sup>44</sup>.

*[...] va a sacar a Costa Rica de la insignificancia en que ha estado; y va sin duda a colocarla con el tiempo, a la par de las naciones cultas*<sup>45</sup>.

*A este Instituto, Costa Rica deberá algún día su gloria y su opulencia; los siglos más remotos contemplarán en él, el cumplimiento de un deber sagrado*<sup>46</sup>.

#### **D. Hacia la fundación de la Universidad de Costa Rica**

El siglo XIX fue el siglo de la influencia liberal, muy matizada –por cierto– a lo costarricense, ya que apropió una serie de principios economicistas, políticos y sociales heredados de la misma colonia que fueron consolidando el imaginario social e institucional del país. La educación, por ejemplo, fue uno de los movilizadores sociales más importantes, tanto en el aspecto económico como en el cultural.

A partir de los años 50 del siglo XIX, apareció en Costa Rica una importante cantidad de leyes e iniciativas políticas educativas que modificaron

el rol que algunos actores como la Iglesia, el Gobierno y los ayuntamientos ejercían sobre esta materia.

La oligarquía liberal de por aquellos años era del criterio que, a través de la enseñanza primaria, el Gobierno solo podría perpetuar una visión acorde con sus postulados. No en vano, se configura el principio de la educación pública, gratuita y obligatoria –además de costeadá por el Estado–, como un egregio impulso de desarrollo y de permanencia del *statu quo* de la clase; pero también como una forma de servir a los intereses agroexportadores: este sector requería a todas luces personas preparadas con los mínimos conocimientos en materias básicas de la vida.

Sin embargo, este interés en la educación primaria (la secundaria es otro cuento) no fue el mismo para los estudios superiores o universitarios que estaban puestos al servicio de una élite muy selecta. De hecho, la Universidad de Santo Tomás fue una institución de muy poca *afluencia e influencia social*: tuvo una *afluencia oligárquica*, elitista, por el nivel social del que provenían sus estudiantes, así como por las reales, podríamos indicar *insuficientes, funciones* –influencia– *de tipo social* que la universidad llevaba a cabo en el país.

Algunas personas estudiosas relatan que, al momento de su clausura –v.gr. doña Astrid Fischel<sup>47</sup>– la universidad no se encontraba organizada en ninguna facultad, no había programas de estudio, no había decanos que

43 Nota aparte es decir que las siguientes palabras del presbítero Juan de los Santos Madriz no fueron sino la profecía de lo que sí llegaría a cumplir esta institución en la figura de la Universidad de Costa Rica –fundada en 1940–, máxime, por todo lo que significaría para el desarrollo del Estado social de derecho de nuestro país de la segunda mitad del siglo XX a nuestros días.

44 Monge. *La universidad en el desarrollo histórico nacional*, p. 36.

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*

47 Vid., Astrid Fischel. (1991). “Los estudios superiores en Costa Rica 1888-1940”. En *Historia de la Educación Superior en Costa Rica*. San José: Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, p. 41.

mantuvieran la unidad y la supervisión de sus escuelas; los catedráticos trabajan de forma aislada y nada articulada, etc.

Estos hechos, en lo universitario, junto con una redefinición del modelo educativo, llevaron a que el licenciado Mauro Fernández Acuña planteara a finales de la década de los 80 del siglo XIX un proyecto de ley –concretado en la Ley de Educación Común de 1886– que llenaba el territorio nacional de escuelas y colegios de primera y segunda enseñanza. Para 1888, tomó la decisión él mismo de abolir la Universidad de Santo Tomás. Aunque valga aclarar que ello no significó necesariamente que, para el periodo sucesivo que abarca hasta 1940 y que es cuando se funda la Universidad de Costa Rica, se eliminara la educación superior en el país. Además, el mismo decreto que, el 20 de marzo de 1888, abolió la universidad fijó, a su vez, una serie de pautas de tipo administrativo-académico para la aparición y funcionamiento de las nuevas *escuelas de educación superior* que ostentaban una naturaleza dirigida a la formación profesional, muy de acuerdo con las demandas socioeconómicas de la época<sup>48</sup>.

*Ello rimaba, quizá, con una sociedad rural que propendía a afirmar la democracia política y el desarrollo de la agricultura, de la ganadería y del comercio. No estaba para lucubraciones extrañas a nuestro aldeanismo. De esta suerte, más encajaban con la sencillez de nuestras*

*costumbres y el estado rudimentario de la sociedad, Facultades universitarias que preparasen a los profesionales de que estaba urgido el país y que por sus costos podía sostener el gobierno. [...] En cuanto a lo administrativo, la falta de ordenamiento superior universitario obligó a los legisladores a encargar a los propios colegios profesionales la dirección y la marcha de las respectivas escuelas. Ello dio un carácter aún más pragmático a los estudios impartidos*<sup>49</sup>.

Así, la Escuela de Derecho –otrora adscrita a la institución universitaria– subsiste funcionando con normalidad, y se emite en 1891 el Decreto n.º 32 que la aneja a la dirección del Colegio de Abogados<sup>50</sup>.

En 1895, se crea la Facultad de Medicina, Cirugía y Farmacia, aunque, para 1897, el Gobierno decide sustituirla únicamente por una Escuela de Farmacia por las dificultades económicas para sostenerla<sup>51</sup>.

En este mismo año de 1897, se establece la Escuela Nacional de Bellas Artes; en 1899, se funda la Escuela de Obstetricia; en 1903, la Facultad Técnica que, a su vez, en 1910 abre en su seno la Escuela de Ingeniería; en 1914, se funda la entonces importante Escuela Normal adscrita al Ministerio de Educación Pública; en 1915, la Facultad de Cirugía Dental y, en 1926, por decreto del 16 de diciembre, se crea la Escuela de Agricultura y se le vincula al Ministerio de Fomento<sup>52</sup>.

48 “En los años de 1888-1940, los estudios superiores en Costa Rica se caracterizaron por su organización en Escuelas Profesionales adscritas a Colegios o Facultades. Las Facultades o Colegios –constituidos por los respectivos gremios profesionales– tomaron bajo su dirección los asuntos administrativos y profesionales de sus miembros. La función del Estado respecto a los entes colegiados fue la de llenar las deficiencias presupuestarias de éstos, en particular, para el mantenimiento de sus escuelas”. *Ibid.*, p. 43.

49 Monge. *La universidad en el desarrollo histórico nacional*, pp. 84-85.

50 Cf., Fischel. *Estudios superiores en Costa Rica*, p. 43.

51 Cf., *ibid.*

52 Vid., *ibid.*, pp. 43-45.

El hecho histórico acaecido unos años atrás (en 1919) de la donación de un terreno en el famoso *potrero de los Gallegos*<sup>53 54</sup>, para trasladar –en un único complejo unitario– a las facultades existentes y reunir las en una universidad, junto con el anhelo de algunas personas ilustradas de la época con aire de cultura superior que no veían con satisfacción la mera instrucción superior de profesionales, motivó de nuevo la instauración de la Universidad de Santo Tomás ante la ausencia de conocimientos profundos en áreas como la ciencia, las letras, filosofía y las artes.

Tanto fue así que, en 1940, por impulso de don Luis Demetrio Tinoco, primero como diputado en aquella época y, posteriormente, como ministro de Instrucción Pública en la administración del Dr. don Rafael Calderón Guardia, junto con el apoyo de este, se propuso la creación de la Universidad de Costa Rica.

### E. El germen de su autonomía universitaria

Es justo mencionar que los impulsos “autonómicos” de la universidad tuvieron su cuota de génesis creacional en los esfuerzos de don Teodoro Picado como ministro de Educación Pública en la tercera administración de don Ricardo Jiménez (1932-1936). Precisamente,

él fue quien viajó a Chile para contactar a los educadores más prestigiosos del sistema chileno y pactar la posibilidad de que una misión de ese país viajara a Costa Rica a proponer cambios sustanciales en los tres niveles educativos: el primario, secundaria y universitaria<sup>55</sup>.

Fruto de estas tratativas en el país del sur, se trajo –como coordinador de la misiva– al profesor Luis Galdames para que elaborara un proyecto de creación de universidad. De este proyecto, surgió su famoso libro ya citado *La universidad autónoma* que implicó todo un cambio en la forma como en nuestro país se concebía la educación universitaria, por cuanto no se trató solamente de restaurar la anterior Universidad de Santo Tomás, sino de crear un nuevo modelo universitario a la altura de las nuevas formas nacidas en el sur del continente<sup>56</sup>.

Autores como don Carlos Monge Alfaro<sup>57</sup> o doña Astrid Fischel Volio<sup>58</sup> sostienen que a don Ricardo Jiménez Oreamuno y, claro está, también a su ministro de Educación Pública, don Teodoro Picado Michalski, se les debe, en verdad, el cuño de la autonomía universitaria en Costa Rica.

Al respecto, nos cuenta el Prof. Monge Alfaro que don Luis Galdames:

53 Vid., *ibid.*, p. 47.

54 Localizado en lo que hoy es el barrio González Lahmann, distrito cuarto –Catedral– del cantón de San José, de su provincia homónima.

55 Cf., Isaac Felipe Azofeifa. (1991). “Para verdades, el tiempo. Testimonios sobre la fundación de la Universidad de Costa Rica”. En: *Historia de la educación superior en Costa Rica*. San José: Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, pp. 68-69.

56 Cf., Monge. *La universidad en el desarrollo histórico nacional*, p. 92.

57 Vid., *ibid.*, p. 93.

58 “Durante la tercera administración del Lic. Ricardo Jiménez, a instancias de su Ministro de Educación Pública, don Teodoro Picado, llegó al país una misión técnica de Chile, liderada por el Profesor Luis Galdames con el propósito de evaluar el sistema educativo nacional. Como resultado de un extenso análisis, la Misión Chilena elaboró una propuesta de reforma integral de la educación costarricense, la cual contemplaba la creación de una universidad. El detallado proyecto de más de 500 páginas, incluía los estatutos para un centro de estudios superiores de corte moderno, entre los cuales resaltaba el concepto de autonomía universitaria”. Fischel. *Estudios superiores en Costa Rica*, p. 51.

[...] temeroso de que en el ambiente nacional no se acogiese la total autonomía de la Universidad, recomendó se ejerciese un cierto control por parte del Ejecutivo, e incluso que a éste se le reservase intervención en el nombramiento del Rector [tal y como sucedió con la anterior Universidad de Santo Tomás]. Pero el Presidente de la República al conocer el proyecto optó más bien por la total autonomía de la corporación universitaria<sup>59</sup>.

## II. La Universidad de Costa Rica en su contexto jurídico-constitucional vigente

### A. Antecedente inmediato

Para algunas personas estudiosas del tema –v.gr. don Isaac Felipe Azofeifa<sup>60</sup>–, aunque la Universidad de Costa Rica hace su puesta en escena el 26 de agosto de 1940, desde hacía seis años atrás –como se mencionó–, ya el secretario de Estado de don Ricardo Jiménez Oreamuno, don Teodoro Picado Michalski, impulsaba el restablecimiento de la universidad.

También como se expuso atrás, en marzo de 1935, llegó a Costa Rica la misión chilena contratada por el gobierno de don Ricardo Jiménez Oreamuno con el fin de estudiar el sistema educativo patrio. Este grupo de especialistas chilenos estaba integrado por tres eruditos según las áreas del sistema educativo que se querían innovar:

*Oscar Bustos, experto en los métodos decrolianos, para dedicarse al estudio de la Educación Primaria. El Dr. Arturo Piga, hombre de vastos conocimientos, profesor de matemáticas, para estudiar los problemas*

*de la Segunda Enseñanza, y el profesor Galdames –don Luis Galdames– experto en problemas universitarios y especialista en Historia y Sociología. [...] La Misión presenta, con el título general de Informes y Trabajos, tres informes al propio Presidente ordenados en tres tomos (Imprenta Borrásé, 1935), el 4 de setiembre, y parte. [...] El tercer tomo es un extenso informe de 520 páginas; explica en profundidad los fundamentos, los problemas teóricos, la organización y la docencia, la investigación y la acción social como funciones esenciales de la Enseñanza Superior [...] <sup>61</sup>.*

Sin embargo, no fue sino la aparición –la presencia– del elemento de la *autonomía universitaria*, como presupuesto institucional de “desligue” con las autoridades de gobierno, la que marcó el gran hito para el sistema educativo superior costarricense. A través del Prof. Galdames, se introdujo por vez primera toda la influencia florida de la Reforma de Córdoba vivida en 1918<sup>62</sup>, muy particularmente el concepto de autonomía absoluta (aunque, para aquellas épocas, no era tan absoluta), encajado por el profesor chileno y catapultado por el presidente Jiménez Oreamuno.

Al respecto, son elocuentes las palabras de don Ricardo Jiménez Oreamuno, recogidas en el diario *La Tribuna* de aquel momento, cuando menciona:

*Yo pienso que de los tres tipos de Universidad que pueden establecerse, el peor es el intermedio; o se va francamente a la Universidad libre, autónoma, o se queda en la de tipo antiguo, es decir, el*

<sup>59</sup> Monge. *La universidad en el desarrollo histórico nacional*, p. 93.

<sup>60</sup> Vid., Azofeifa. *Para verdades, el tiempo*, pp. 63 y ss.

<sup>61</sup> *Ibid.*, pp. 64-65.

<sup>62</sup> Vid., *ibid.*, p. 76. En similar sentido, cf., Monge. *La universidad en el desarrollo histórico nacional*, p. 93.

*establecimiento perfectamente controlado por el Gobierno. Yo prefiero, de los dos, el de Universidad autónoma. La Universidad no debe estar bajo ninguna sombra sino a la luz meridiana; el Gobierno, regente de la Universidad, le da sombra; como se la daría cualquier secta filosófica, científica o religiosa; la Universidad debe ser absolutamente libre, sin bandera, sin tenencia, sin secta [...]*<sup>63</sup>.

Como se ve, de una u otra manera, esta idea de la libertad absoluta empezó a sentar las bases de lo que más tarde, por disposición del Constituyente de 1949, se consolidaría con la independencia de funciones y, lo que es en la actualidad, la *plena capacidad jurídica* de la Universidad de Costa Rica.

#### **B. La otrora concreción “legal” de la autonomía universitaria**

Es necesario volver a 1940. Para los inicios de esta década, con la confabulación del ala socialcristiana y la gesta de otros grupos como el *Centro para el Estudio de los Problemas Nacionales*, don Rafael Ángel Calderón Guardia germinó una empresa reformista desde el Gobierno, con una visión totalmente opuesta a la visión liberal que había gobernado el país en la última mitad del siglo XIX.

El Dr. Calderón Guardia nombró, como ministro de Instrucción Pública, a don Luis Demetrio Tinoco, no sin antes expresarle –este último– su determinación de aceptar el cargo, si en el programa de su gobierno se podría llegar a considerar el establecimiento

de la Universidad de Costa Rica. Y así fue: el Dr. Calderón Guardia le correspondió su solicitud, al punto de darla a conocer en su mensaje inaugural como presidente de la República, mencionándole inclusive poner a su merced su influencia ante los diputados para que otorgaran su anuencia mediante el voto al proyecto<sup>64</sup>.

En el ambiente nacional previo al periodo del Dr. Calderón Guardia, coexistían posiciones no tan alentadoras para la puesta en marcha de la universidad. Existían varios grupos y personajes de la política que se oponían a la idea de que el país contara con una verdadera universidad puesta al servicio de la sociedad costarricense.

El mismo presidente de la República de aquella época (1936-1940), el Lic. León Cortés Castro, y otros como el Dr. Solón Núñez aducían la falta de ambiente político para su creación, por cuanto los mismos grupos intelectuales y profesionales se oponían con vigorosa decisión<sup>65</sup>.

Sin embargo, no todo era malo: el importante grupo de estudiantes de la Escuela de Derecho que había formado el *Centro para el Estudio de los Problemas Nacionales* había decidido iniciar una campaña en pos de la creación del claustro universitario<sup>66</sup>.

Asimismo, para aquellos días, el entonces presidente del Colegio de Abogados, don Alejandro Alvarado Quirós, pidió apoyo a todo el estudiantado de la Escuela de Derecho para que el intento de creación de la Universidad no se quedara en nada<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> Azofeifa. *Para verdades, el tiempo*, p.72.

<sup>64</sup> Vid., Luis Demetrio Tinoco Castro. (1983). *La Universidad de Costa Rica. Trayectoria de su creación* San José: Editorial Costa Rica, p. 25.

<sup>65</sup> Cf., *ibid.*, pp. 29-30.

<sup>66</sup> Cf., *ibid.*

<sup>67</sup> Cf., *ibid.*, p. 31.

Don Luis Demetrio Tinoco redactó un Proyecto de Ley de Creación de la Universidad para presentarlo en el Congreso utilizando como base, precisamente, el estudio sobre la *Universidad autónoma* del Prof. Galdames. No obstante, si bien el proyecto que propugnaba el Prof. Galdames era excesivamente pretencioso — además de amplio—, el ministro Tinoco lo redujo y lo aclimató al caso costarricense<sup>68</sup>.

De hecho, inicialmente existía la duda de si correspondía decretar sin más la apertura de la Universidad con base en la Ley N.º 64 del 1 de agosto de 1890, la cual había dispuesto el restablecimiento de la Universidad de Santo Tomás o si, por el contrario, se requería de la creación de una ley orgánica.

Ante esto, el Lic. Tinoco se preguntaba si la universidad que se pretendía respondería a las necesidades actuales contemplando que, por demás, lo que se iba a reestablecer era una entidad de 1843 sujeta a la Ley N.º 11 del 3 de mayo de 1843 o, cuando menos, a los estatutos que se habían emitido por Decreto n.º LXXII del 17 de diciembre de 1869. El propio don Luis Demetrio Tinoco nos dio la respuesta:

*Imposible. La Universidad a que ellos se refieren respondía a conceptos pedagógicos que ya están descartados, respondía a situaciones propias de la época del siglo XIX que ya dejaron de existir. La Universidad que nos proponemos establecer debe ser una Universidad Nueva, una Universidad que responda los anhelos de este octavo quinquenio del siglo XX en que vivimos. Debe ser una Universidad autónoma, desligado totalmente*

*el nombramiento de sus profesores de las normas existentes de los demás miembros del personal docente; facultada para administrar sus bienes y rentas sin otra intervención que la de la Oficina de Control, para decretar sus reglamentos y estatutos, para establecer sus enseñanzas y organizar sus pruebas de examen. Debe ser también una Universidad en donde los alumnos tengan representación en sus órganos de dirección —Facultades, Consejo, Asamblea—. Debe ser, en suma, una Universidad distinta de la Universidad de Santo Tomás, aunque mantenga con ésta la unión afectiva de los recuerdos con un centro de cultura del que irradió la única luz, tenue o fuerte, que en el siglo pasado estimulaba a los jóvenes para proseguir estudios superiores y cultivar los espíritus. [...] No. No conviene de ninguna manera, reestablecer la Universidad. Es necesario crear una nueva Universidad. Seguiré adelante con la presentación del proyecto. Tomaré como base, o guía, el que presentó el profesor Galdames. Desde luego, variando su artículo primero, que dispone el restablecimiento de la institución, para dejar bien claro que es una entidad nueva, desligada jurídicamente de su antecesora [...]»<sup>69</sup>.*

Y así fue como lo hizo el connotado ministro, llevó a cabo una labor de “poda” del proyecto elaborado por Galdames y modificó el texto y lo adecuó más al estilo de una universidad que apenas daría sus primeros pasos. Así, una vez que la universidad hubiera alcanzado su “mayoría” de edad, como lo logró (creemos nosotros) con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1949 y la redacción de los artículos 84 y 85,

68 Vid., *ibid.*, pp. 53-55.

69 *Ibid.*, pp. 35-37.

podría entonces ampliarse de conformidad con las necesidades de la época<sup>70</sup>.

Para ello –y he aquí donde se barruntaba el deseo que los constituyentes que 49 años después imprimirían con el texto constitucional–, eliminó del proyecto original todo aquello que, según su parecer, estorbaba y era materia propia de la capacidad autonormativa que la universidad debería llevar a cabo en amparo de su autonomía. Para él, esta autonomía hubiera quedado muy limitada si, en la Ley Orgánica de Creación que se proponía, se incluían:

*[...] disposiciones de detalle que, por otra parte, hoy pueden estimarse convenientes y más tarde la experiencia demuestra que son inconvenientes o requieren modificación. Estar obligada a recurrir al Congreso cada vez que deba variarse una disposición que no es sustancial, traería problemas sin cuento a la Universidad, la mantendría supeditada constantemente a las decisiones del Congreso, que no siempre deja de ser influido por consideraciones políticas, y hasta podría anquilosar a la Institución<sup>71</sup>.*

Una revisión del proyecto originalmente propuesto por Galdames da cuenta de cómo la institución universitaria pasó de una institución autónoma y con criterio independiente (artículos 2 y 3) a una institución universitaria autónoma que goza de capacidad jurídica “plena” para adquirir derechos y contraer obligaciones (artículo 4 de la reforma trabajada y finalmente presentada por el Lic. Tinoco Castro). Eso sí, con el matiz normativo de la frase: de acuerdo con las “leyes que le rijan”.

Si bien, la autonomía seguía siendo débil –habida cuenta de la remisión a la ley que se hacía–, ya se observaban los anhelos de querer convertirla en una institución netamente independiente de cualquier injerencia política, lo cual llegó a consolidarse posteriormente con el nuevo orden constitucional de 1949.

*Nuestra Universidad debe ser autónoma, en la plena extensión de este término, especialmente en todo lo que se refiera a la docencia; debe tener autoridad suficiente para acordar los grados académicos que puede otorgar; los requisitos para obtenerlos, el escalafón del profesorado, las pruebas o exámenes a que deben someterse sus alumnos, etcétera; y debe tenerla también para modificar o variar esas normas conforme vaya indicando la experiencia la necesidad de su alteración. Si ellas se incorporan a su Ley Orgánica, su autonomía queda muy mediatizada, puesto que cualquier modificación debe ser aprobada por el Congreso de la República. Me parece preferible confiar en el criterio de quienes integran los órganos universitarios, y no en el de los señores diputados, para todas estas cuestiones de índole académica<sup>72</sup>.*

Así fue como el 6 de agosto de 1940, el Proyecto de Creación de la Universidad de Costa Rica ingresó en debate de la Asamblea Legislativa y, para los días 10 y 11 de agosto, respectivamente, se le dio el I y II debate y el 16 el III y último, para pasar a ser firmado por el presidente del Congreso, el 23 de ese mes. Finalmente, el 26 de agosto de 1940, el Dr. Calderón Guardia junto con su ministro, don Luis Demetrio Tinoco

<sup>70</sup> Vid., *ibid.*, p. 38. Las palabras en cursiva y entre comillas, visibles en el párrafo a que alude esta cita, son propias del pensamiento de don Luis Demetrio Tinoco.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 52.

Castro, firmaron la ejecución de la nueva Ley de la República de Costa Rica: la Universidad de Costa Rica quedaba así creada.

### C. Inicio de funciones

Más allá de una autonomía como la que goza nuestra querida Alma Mater hoy en día que es de rango constitucional y no está sujeta a ninguna ley, en aquel momento, correspondió al Poder Ejecutivo –al Gobierno de la República– designar a las autoridades y a los profesores del claustro en sus inicios. No obstante, hubo una férrea oposición que, sobre el hecho, llevó a cabo el *Centro para el Estudio de los Problemas Nacionales* por considerar este acto como violatorio de la autonomía universitaria<sup>73</sup>.

La Universidad de Costa Rica inició funciones un 7 de marzo de 1941 bajo la égida de la Ley N.º 362 del 26 de agosto de 1940, Ley Orgánica de la Universidad de Costa Rica, cargando, sobre sus espaldas, todo un proceso de maduración de la cultura nacional que pasó por el tamiz de ser una universidad colonial-latinoamericana de tintes tropicalizados y pensamiento liberal, atravesando por el incurso de la profesionalización de las escuelas de formación, muy al estilo del modelo napoleónico y puesta al servicio prácticamente de la burguesía oligárquica hasta llegar a –por los años 20 y 30 con el surgimiento de nuevos grupos

intelectuales disociados del modelo anterior– cuestionarse el orden antagónico de lo “social”: es decir, el dominio liberal<sup>74</sup> de antes que motivó el escenario con el apoyo del Gobierno, para la instauración de la institución universitaria asequible a todas las personas; en otras palabras, el de una universidad inclusiva y comprometida con el país en los fines y necesidades que el contexto del momento demandaba.

Lejos de conocer los detalles de una ley, la Ley N.º 362 que se encuentra derogada tácitamente por la entrada en vigor de la Constitución Política de 1949 (sobre el contenido de esta ley se puede ver lo inscrito en el *Sistema Costarricense de Información Jurídica*<sup>75</sup>), se hará referencia a los alcances de la autonomía universitaria actual de la Universidad de Costa Rica la cual, repetimos, deja de ser legal y se yergue de modo constitucional.

### D. Autonomía universitaria en el marco normativo: el “hoy” de la Universidad de Costa Rica y su independencia de rango constitucional

Sin un claro concepto de autonomía universitaria aplicable de forma atinada al caso costarricense, la universidad pública difícilmente cumpliría su rol primordial dentro de esta sociedad: ser forjadora de conocimiento y humanidad.

73 En la Revista Surco, este grupo de jóvenes intelectuales ya se había pronunciado de la siguiente manera: “Creemos que nuestra Universidad deber ser autónoma, con la más amplia acepción del término y que debe cortar las amarras que hoy la ligan con el Poder Ejecutivo, eliminando total y permanentemente la influencia de ese poder, dentro de su organización. El personal docente de las nuevas escuelas que lleguen a establecerse en la Universidad no debe de ser designado como ahora por el Poder Ejecutivo y la independencia económica debe establecerse de modo firme y permanente en concordancia con el espíritu de autonomía educacional y administrativa que nosotros pensamos que debe inspirar robustamente a nuestros claustros”. Carlos Araya Pochet. (1991). “La Universidad de Costa Rica: Rasgos de su evolución histórica: 1940-1972”. En *Historia de la educación superior en Costa Rica*. San José: Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, pp. 118-119.

74 Vid., *ibid.*, p. 128.

75 Sistema Costarricense de Información Jurídica. (SCIJ). “Ley Orgánica de la Universidad de Costa Rica, N.º 362 del 26 de agosto de 1940”. Procuraduría General de la República. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=36484&nValor3=38467&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=36484&nValor3=38467&strTipM=TC) (consultada el 5 de mayo de 2020).



Ahora bien, conocer el concepto idóneo de autonomía universitaria hoy en día o, más aún, saber cuál es su significado a la luz del ordenamiento jurídico costarricense es tarea que nos abocamos a desarrollar de seguido.

Antes bien, si se analizan las distintas disertaciones que el lenguaje utiliza en razón al tema, de inmediato podemos constatar un amplio abanico de dimensiones semánticas que responde a diferentes coyunturas. El concepto de autonomía universitaria y la propia universidad han atravesado un sinfín de momentos y circunstancias en cada lugar de lucha.

No obstante, el crisol de batalla ha sido el mismo: *libertad e independencia* frente al ataque de fuerzas externas ajenas a su seno. Para evitar indefiniciones, ambigüedades y oscuridades, en el presente trabajo, se partirá de un marco epistémico *de autonomía completa* que incluya necesariamente el resguardo de varios atributos o componentes esenciales al instituto, los cuales consideramos que son de particular existencia en nuestro país.

Estos presupuestos, en lo medular, podrían agrupar el factor administrativo, económico y docente<sup>76</sup> *lato sensu*. Con el factor administrativo, la universidad se organiza y funciona sin ninguna atadura. Con el económico, puede cumplir sus actividades adecuadamente, lo cual supone un ámbito de libertad para su funcionamiento sin que nadie le condicione su actuar estrechando su presupuesto. Finalmente, con el factor docente,

que no se reduce únicamente a enseñanza, produce conocimiento, investigación y crítica social sin que ningún espacio externo evalúe su producción<sup>77</sup>.

Consideramos que es, en Costa Rica, donde mejor se protege y desarrolla el concepto de autonomía universitaria en todo el mundo. Y es, pues, a la luz del artículo 84 constitucional como desarrollaremos los principales componentes de la autonomía de la Universidad de Costa Rica.

El Artículo 84 de la Constitución Política dispone:

*La Universidad de Costa Rica es una institución de cultura superior que goza de independencia para el desempeño de sus funciones y de plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propios. Las demás instituciones de educación superior universitaria del Estado tendrán la misma independencia funcional e igual capacidad jurídica que la Universidad de Costa Rica. El Estado las dotará de patrimonio propio y colaborará en su financiación*<sup>78</sup>.

En orden al tema, se acoge la tesis del Dr. Luis Baudrit Carrillo para quien, del artículo 84 de la Constitución Política, derivan varias manifestaciones de la autonomía universitaria costarricense: independencia de funciones; capacidad jurídica plena: para adquirir derechos y contraer obligaciones y para darse su propio gobierno y organización propias; y patrimonio

76 Estos fueron los tres elementos iniciales sugeridos por el profesor chileno Luis Galdames en 1935 a quien el Gobierno de Costa Rica encargó la misión de estudiar la posibilidad de abrir la Universidad. Galdames. *La universidad autónoma*, p. 83. Para una mayor comprensión, vid., Luis Baudrit Carrillo. (2009). *Autonomía universitaria y control de la Hacienda pública*. San José: Sección de impresión del SIEDIN de la Universidad de Costa Rica, pp. 14-17.

77 Francisco Naishat, Ana María García Raggio y Federico Schuster. (2006). *Filosofía política de la autonomía universitaria*. México: Red Perfiles Educativos: disponible en ProQuest ebrary.

78 *A mayor abundamiento, el artículo 85 de la Constitución Política especifica el aspecto de la financiación.*

propio o hacienda universitaria como parte de la financiación del Estado<sup>79</sup>.

- a. Una institución que goza de independencia para el desempeño de sus funciones –la denominada “independencia funcional”–

A modo de introducción, las palabras del maestro Baudrit Carrillo<sup>80</sup> resultan ilustradoras y, con ocasión del conversatorio: *Autonomía universitaria costarricense en tiempos de cambio*, comentó:

*[...] el artículo 84 de la Constitución Política está redactado en términos muy amplios, creo que no hay ningún país en el mundo que tenga una autonomía consagrada en la Constitución en los términos en que lo tenemos en Costa Rica. Ahora, una cosa es la teoría otra cosa es lo que dice la Constitución, y otra cosa más es la vida, las interpretaciones, los intereses que existen para limitar las libertades de la universidad. Pero creo que sí, precisamente la lucha por la autonomía universitaria es la lucha por la libertad, la lucha por la recuperación de la verdadera noción de universidad, porque en esto también, es lo primero que habría que plantearse ¿libertad o autonomía para qué? Y entonces claro, hay que entender lo que es la universidad para comprender que es esencial la libertad. Sin libertad no puede existir una universidad, no puede*

*haber investigación, no puede haber libertad de cátedra, no puede haber flujo de ideas, no puede haber actitud crítica ante el gobierno o ante la realidad porque nos encontraríamos limitados*<sup>81</sup>.

Sin libertad, no puede haber universidad y, sin universidad, el progreso humanístico se condena a morir. La autonomía universitaria es la cubierta protectora que le permite a la Universidad de Costa Rica, pero también al resto de sus hermanas<sup>82</sup>, mantenerse insubordinada en sus funciones y tareas frente a cualquier entidad externa e, incluso, frente a cualquier ataque endógeno desde su claustro que pretenda deshonrarla.

El hecho de que la universidad sea autónoma no significa, como se ha querido tergiversar por algún sector, que se asemeje a un reino ajeno a la juridicidad del ordenamiento jurídico nacional. Sencillamente es independiente porque así dimana –así lo quiso el constituyente– del texto de la Constitución en aquello que es propio de su quehacer. No posee ningún tipo de restricción o limitación en su ámbito de acción.

Por ello, *ab initio*, debemos aclarar que la Universidad de Costa Rica no es una institución autónoma ni, *stricto sensu*, debería ser considerada una institución de la Administración Pública descentralizada, como tampoco una entidad que estuviera en alguna forma concentrada

79 Vid., Baudrit. *Autonomía universitaria y control de la Hacienda pública*, p. 3.

80 El Dr. Luis Baudrit Carrillo es, sin temor a equívoco, el máximo exponente del concepto de autonomía universitaria en Costa Rica. Podría decirse que es el desarrollador de las ideas de quien, siendo diputado constituyente de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, dio vida al instituto en la Constitución Política de hoy: el Lic. Fernando Baudrit Solera, su tío paterno.

81 Comisión de Vicerrectores de Extensión Social del CONARE y la Subcomisión de Difusión del Informe del Estado de la Nación. Conversatorio: *Autonomía universitaria costarricense en tiempos de cambio*. Celebrado el 12 de junio de 2014, a las 10:00 horas, en el Auditorio de la Escuela de Ingeniería Eléctrica, Ciudad de la Investigación, Universidad de Costa Rica.

82 Por Ley N.º 5697 del 9 de junio de 1975, se introdujo el párrafo segundo del artículo 84 constitucional que alberga a las otras instituciones universitarias estatales.

en algo, a algo; menos, un ente público menor<sup>83</sup> <sup>84</sup> en el sentido, aclaramos, de que hubiera salido —o que dependa de algún modo, en el estado actual de cosas— de la Administración Pública Central. Ella posee una personalidad jurídica originada por el propio constituyente. Cuando bien, la universidad participa de la naturaleza estatal, lo cierto es que no pertenece al Estado ente público-mayor, tampoco se encuentra subordinada a él como sí lo están las entidades que integran el sector centralizado y, como lo están, en la mayoría de los casos, los órganos y entes que componen el sector de la Administración Pública descentralizada.

Esto conlleva sostener el nivel de independencia que posee la Universidad de Costa Rica con respecto a otras entidades en el ámbito de organización y funcionamiento. Esto no implica desconocer atribuciones constitucionales como las jurisdiccionales u otras tantas que ejercen órganos como la Contraloría General de la República<sup>85</sup> o bien la rendición de cuentas y evaluación de resultados que las empleadas y los empleados universitarios están llamados a cumplir dentro del espectro de transparencia de la función pública. Se trata sencillamente de entender y defender lo derivado de la Constitución Política costarricense por voluntad, por espíritu, del constituyente de 1949. En redondeo de estas ideas, el maestro Baudrit Carrillo comenta:

*La independencia implica ausencia de vínculos de subordinación o dependencia y, a la vez, supone la capacidad de autodeterminación en lo que corresponde a la competencia propia o el ámbito de acción asignado. La independencia en sus funciones atribuida a la Universidad de Costa Rica implica la inexistencia de condicionamientos, restricciones, limitaciones u obligaciones que pudieran provenir de cualquier otro ente u órgano ajeno o externo, que no fuese la misma Universidad de Costa Rica [...]. La noción de independencia expresa una protección a la Universidad de Costa Rica frente a fuerzas o decisiones externas a ella, extrínsecas a ella misma. La independencia le asegura y garantiza a la Universidad de Costa Rica que ningún agente externo a ella misma —sea quien sea— pueda venir a interferir en sus funciones o en sus actividades. Nadie puede venir a decidir aquello que solo le compete decidir a la Universidad de Costa Rica. La institución universitaria no puede ser sustituida, ni suplantada, en la toma de sus decisiones. Tampoco se le puede restringir el amplio ámbito de su propia capacidad [...]. Tampoco es admisible que las decisiones que hubiese adoptado la Universidad, en lo que respecta a sus funciones propias, no pudiesen ser llevadas a cabo porque algún ente u órgano —externo a ella— lo hubiese prohibido, lo hubiese restringido, lo hubiese obstaculizado o lo hubiese condicionado<sup>86</sup>.*

83 Sobre lo que es un ente público menor, véase a Ernesto Jinesta Lobo. (2009). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I, segunda edición. San José: editorial Jurídica Continental S. A.

84 Vid., como postura antagónica, de quienes consideran que las universidades públicas son entes públicos menores, Luis Baudrit Carrillo. (2005). *Repensar la autonomía de la Universidad de Costa Rica*. Sección de Impresión del SIEDIN de la Universidad de Costa Rica, pp. 5-11.

85 “La Contraloría General puede examinar, glosar y fenecer las cuentas de la Universidad de Costa Rica y sus funcionarios, lo mismo que evaluar o controlar sus resultados”. Baudrit. *Autonomía universitaria y control de la Hacienda pública*, p. 24.

86 Baudrit. *Repensar la autonomía de la Universidad de Costa Rica*, pp. 13-14.

Ninguna otra institución pública en Costa Rica posee una independencia similar, ni en funciones, ni en gobierno, mucho menos en organización<sup>87</sup>. En una conocida resolución de la Sala Constitucional (la sentencia n.º 1313-93 de las 13:54 horas del 26 de marzo de 1993), el alto tribunal estimó que “[...] la autonomía universitaria tiene como principal finalidad, procurar al ente todas las condiciones jurídicas necesarias para que lleve a cabo con independencia su misión de cultura y educación superiores [...]”.

Pero resulta que esta función de cultura superior no se reduce únicamente a “elevar” el nivel cultural del país, sino también, a la luz del propio sistema funcional universitario, permite desarrollar la búsqueda insaciable de la verdad, del bien, de la belleza, la justicia, la dignidad del ser humano, del cultivo de la inteligencia, de la propia ciencia, del arte, la acción social, la investigación y, en general, todo aquello que abarque el perfeccionamiento humano y el proceso de humanización.

En un inicio, la Ley Orgánica de la Universidad de Costa Rica<sup>88</sup> establecía en su artículo 1 la creación de una *institución docente y de cultura superior* que tenía por misión cultivar las ciencias, las letras, las bellas artes, la difusión del conocimiento y la preparación para el ejercicio de las profesiones liberales.

No obstante, luego, en 1949, la Constitución Política solo agregaría en su artículo 84 la

expresión: “institución de cultura superior”. Como comenta el Dr. Baudrit Carrillo, no es que la función docente haya desaparecido, sino que con una visión más holística y robusta del aspecto humanístico y endureciendo el fin de la institución, el constituyente le endilgó a la cultura superior un concepto más universal que subsumía la docencia y las demás funciones universitarias<sup>89 90</sup>.

Si la universidad es independiente en sus funciones no conlleva a admitir, ni por asomo, que su autonomía solo protege los servicios fuertes o esenciales, o finales, los cuales podrían ser los académicos, la investigación, la acción social, el vínculo externo o, en general, todas aquellas labores que se desprendan del concepto de cultura superior como un todo. Todas estas funciones requieren a su vez de otras funciones no menos importantes para su operatividad y sin las cuales la actividad universitaria sería imposible. La independencia comprende *todas* las funciones universitarias<sup>91</sup>.

#### **b. Capacidad jurídica (plena): ¿Para qué?**

Tener capacidad no es otra cosa más que poseer la aptitud suficiente para disfrutar (como goce) y cumplir (como ejercicio), por sí mismo, algunos derechos y ciertas obligaciones<sup>92</sup>. Con capacidad la persona es dueña de sí misma sin que se esté sujeta a la autoridad de otra persona<sup>93</sup>.

Bajo esta lógica, la capacidad jurídica de una persona va ligada ineludiblemente a su ser, a aquel ser que existe dentro de un contexto de vida

87 Creemos que la facultad plena de organización es el pilar fundamental de la libertad universitaria.

88 Ley N.º 362 del 26 de agosto de 1940. Ley Orgánica de la Universidad de Costa Rica, ya citada.

89 Vid., Baudrit. *Autonomía universitaria y control de la hacienda pública*, p. 5.

90 Para el concepto de “funciones universitarias”, vid., *ibid.*, pp. 5-6.

91 Vid., *ibid.*

92 Vid., Jorge Magallón Ibarra. (1998). *Instituciones de derecho civil*. México: Editorial Porrúa, volumen II, p. 32.

93 Sobre las personas, Justiniano –en el Libro 1, Título VIII– consideraba que las había dueñas de sí mismas y otras, en cambio, sujetas al poder de otro.

y relación humanas. Y, dado que la capacidad de actuar le permite a la persona llevar a cabo actos jurídicos positivos y negativos, esto es, ejercitar derechos y contraer obligaciones, la capacidad jurídica sería un estanco vacío si no se contara con independencia y libertad. A la vez, poco serviría ser independiente y, por efecto, libre, si la capacidad de obrar fuera nula o estuviera condicionada en algo por alguien.

El constituyente de 1949 no solo le reconoció capacidad jurídica a la Universidad de Costa Rica, sino también la reconoció en grado “pleno”. Esto significa, ni más ni menos, que le otorgó una capacidad completa *similar* a la de una persona física, obviamente con algunos matices de rigor, puesto que la institución universitaria no deja de estar inmersa en un contexto que, en las condiciones actuales, le es afectante desde el derecho público. Aun así, nadie –a la luz de su capacidad que, recalcamos, es plena– le podría indicar a la Universidad de Costa Rica qué derechos debe adquirir o cuáles obligaciones debe contraer.

El artículo 36 del Código Civil señala que la capacidad jurídica de una persona es un modo absoluto y general. La de la universidad también. ¿Significa esto que la universidad no tiene ningún tipo de limitación? No necesariamente. Al igual que a las personas físicas, le son aplicables las reglas ordinarias derivadas de normas comunes o de orden público general. No obstante, de nuevo, en lo referente a gobierno, organización, administración y función, la universidad no está subyugada a ningún poder.

Por tanto, las leyes de la Asamblea Legislativa en nada afectan su ámbito de autonomía. Tampoco le debería afectar alguna posible interpretación

de cualquier órgano de administración de justicia, o bien, lo que puedan llegar a imponer los reglamentos y disposiciones emanados de otros poderes y entes, cuando pretendan –al menos– rozar o incidir sobre la autonomía universitaria. Nadie podría fijarle una limitación a la Universidad de Costa Rica que sobrepase los límites fijados por la Constitución Política. Si se le imponen limitaciones no constitucionales a la universidad, le vendrían a coartar y a reducir su núcleo esencial.

*Aunque una ley [pensemos en la LGAP<sup>94</sup>] pretenda ser aplicada en general a todas las instituciones públicas, no obliga a la Universidad de Costa Rica si interfiere en alguna de las manifestaciones de su autonomía. No se trata que la Universidad desaplique o desobedezca a tales leyes, sino de que esas normas generales no penetran en el ámbito universitario, ni pueden regular –directa ni indirectamente– sus funciones, su gobierno, su organización, ni su contratación. [...] En consecuencia, las normas que le son aplicables no son todas las leyes emanadas de la Asamblea Legislativa, ni todos los reglamentos del Ejecutivo, o de las Municipalidades, o de la Contraloría General. Le son aplicables las normas de la Constitución, las normas universitarias provenientes de su organización y gobierno y las normas jurídicas que rijan la conducta de las todas las personas físicas o jurídica, públicas o privadas. Estas son las normas aplicables a la Universidad y a las que está obligada a obedecer<sup>95</sup>.*

Incluso podemos indicar que semejante máxima aplica en todas aquellas materias que, con base en el artículo 88 de la Carta Magna, sean

94 Ley General de la Administración Pública, Ley N.º 6227 del 2 de mayo de 1978. El uso de corchetes es nuestro.

95 Baudrit. *Autonomía universitaria y control de la Hacienda pública*, pp. 26-27 y 30-31.

puestas bajo la competencia de la universidad, cuando rocen con materias propias de su ámbito. Son situaciones que, si bien no son propias del ámbito autonómico, por tanto, no son sustancia ni estructura de su núcleo existencial, deben respetar su esencia.

Ahora, aun en estos casos del artículo 88, el constituyente originario quiso preestablecer desde un inicio que, para la discusión y aprobación de proyectos de ley relativos a las materias puestas bajo la competencia de la Universidad de Costa Rica, o bien, que tuvieran relación directamente con ella, el Congreso debería oír previamente al Consejo Universitario.

La redacción del artículo 88 de la Constitución Política sufrió una modificación en 1975 por Ley N.º 5697 del 9 de junio, y el contenido del texto dispuso así:

*Para la discusión y aprobación de proyectos de ley relativos a materias puestas bajo la competencia de la Universidad de Costa Rica y de las instituciones de educación superior universitaria, o relacionadas directamente con ellas, la Asamblea Legislativa deberá oír previamente al Consejo Universitario o al órgano director correspondiente de cada una ellas.*

La idea original en la Asamblea Constituyente era que todo proyecto de ley relacionado con la universidad debía ser consultado al Consejo Universitario. Luego, para que los legisladores se pudieran apartar de la opinión del órgano universitario, se requerían los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa. Sin embargo, esta idea no prosperó, y la consulta

obligatoria subsistió, pero para materias “puestas bajo la competencia” de la universidad, es decir, que no formaran parte del elemento esencial autonómico. Con todo, ya desde la primera idea de redacción se ilustraba cuál podía ser el sentido detrás de la autonomía universitaria de rango constitucional: la noción de independencia”<sup>96</sup>.

La capacidad jurídica plena fue desdoblada en el artículo 84 constitucional para que la Universidad de Costa Rica pudiera adquirir derechos y contraer obligaciones y para que la universidad tuviera su organización y gobierno propios.

### **c. Capacidad jurídica plena para adquirir derechos y contraer obligaciones**

Sirva lo desarrollado en el apartado *ex ante* para lo que se dirá en este y el siguiente apartado. Indicábamos que la capacidad jurídica plena de la Universidad de Costa Rica versa sobre una capacidad no sujeta a autorización ni aprobación de parte de terceros.

La universidad puede obrar (y obra) sin que nadie le tenga que decir cómo y por qué. De ordinario, el resto de las instituciones tienen trazados —vía ley, vía principio de legalidad— la forma, el modo, las materias, la competencia, como quiera que sea, los fines de su funcionamiento y gestión. La universidad no. La Constitución le dio amplio margen para que ella misma definiera cuál era el ámbito de su competencia. Solo a ella le compete llenar de contenido aquella noción de *cultura superior*.

En este punto, nos permitimos hacer una acotación que tal vez pueda resultar chocante. Debido a la coraza o blindaje constitucional que posee la

96 “¿Por qué esta disposición? Lo que pretendemos es que la política ande lo más alejada posible de la Universidad, para que no vuelvan a ocurrir los hechos vergonzosos del pasado, cuando una mayoría parlamentaria, adicta al régimen, pretendió pasar una reforma universitaria para imponer en la Escuela de Derecho a una determinada persona”. Palabras del Lic. Fernando Baudrit Solera, diputado constituyente. Asamblea Nacional Constituyente de 1949. (1956). *Actas*. San José: Imprenta Nacional, tomo III, p. 312.

Universidad de Costa Rica para el trazado de sus derechos y obligaciones, es el matiz *proporcional y razonable* del principio de autonomía de la voluntad –asociado al de libertad– y no el principio de legalidad, en sentido estricto, el que encuentra una viable aceptación dentro de la actividad universitaria.

Con esto no se está señalando que la legalidad, en lo interno de la universidad, sea irrespetada; todo lo contrario, su aplicación surte efectos en la medida que, no desapartándose de lo preestablecido en el texto de la Constitución Política, regule para aumentar y nunca para disminuir sus atribuciones; o bien, cuando aquella legalidad verse sobre materias de orden público que son de común aplicación para las personas en el territorio nacional como ya explicábamos líneas atrás.

La capacidad jurídica para actuar que ostenta la Universidad de Costa Rica no puede ser modificada ni limitada por la ley, ni por otra regulación que no sea autorizada por la propia Carta Magna. El constituyente<sup>97</sup> de aquella época tuvo una visión sumamente iluminada del tipo de independencia que se quería para la universidad y comprendió, haciendo eco expositivo del atributo de su independencia económica, que solo emancipándola, se podía lograr una institución encargada de la cultura al más alto nivel.

*[...]estimo que sin alcanzar la independencia económica, será un mito la independencia administrativa para la Universidad. Seguirá ella lánguidamente viviendo del favor oficial; y este se le dispensará cuando la Universidad sea un instrumento*

*dócil que se preste a las sugerencias del Poder. Este podrá otorgarle o negarle sus favores según le plazca. Pregunto a los señores Constituyentes, si ese es el tipo de Universidad que aspiran a tener? [sic] Si no garantizamos la independencia económica de la Universidad para el futuro, cualquier día ella cerrará sus puertas porque a un Congreso reaccionario le ha parecido bien que son demasiado levanticos e independientes los estudiantes; que ellos se preocupan en demasía de los problemas del país; que ellos se han permitido ridiculizar la obra de los Congresos. [...] Porque la Universidad significa la superación del conocimiento humano; una ansia de progreso; de impulso hacia adelante, que no siempre encuentra el favor de las masas. [...] o tenemos una Universidad que cumpla cabalmente sus objetivos; que imparta una enseñanza seria y eficiente con profesores de gran cultura que forjen una juventud ilustrada y altiva ganosa de defender sus derechos, la democracia y la libertad y con recursos propios para cumplir sus objetivos; o la cerramos para que no sea un remedo de Universidad como algunas que padecen pobres países del Continente<sup>98</sup>.*

#### **d. Capacidad plena para darse su gobierno y organización propios**

En lo que conlleva a esta frase, la Sala Constitucional costarricense ha considerado que la autonomía organizativa implica la capacidad de autoorganizarse con exclusión de toda potestad legislativa<sup>99</sup>. Esto no es sino darse su propia estructura, su propia organización,

97 Particularmente la figura del Lic. Fernando Baudrit Solera a quien se le considera el “Emancipador Económico” de la Universidad.

98 Palabras del representante González Flores. Asamblea Nacional Constituyente de 194. *Actas*, pp. 337-338.

99 Vid., resolución n.º 6256-94 de las 9:00 horas del 25 de octubre de 1994 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

sus propias competencias a partir de la fijación normativa de sus reglamentos internos y de su instrumento de máxima jerarquía: estatuto orgánico. La autonomía de organización abarca la administrativa y la de gobierno<sup>100</sup>. También en este último punto, la universidad posee plena libertad para autodirigirse y para fijarse el trazado de sus fines y objetivos.

#### **e. Un patrimonio propio para la Universidad de Costa Rica**

La Universidad es propietaria, es dueña de un patrimonio propio, exclusivo y excluyente. Este patrimonio no puede confundirse de ninguna manera con el patrimonio del Estado. La universidad dispone de él (lo administra y lo ejecuta) en la forma que mejor considere para cumplir sus fines y metas, para desarrollar la actividad que considere más pertinente.

De acuerdo con el artículo 84 de la Constitución Política, el Estado se encuentra obligado a proporcionar a la Universidad de Costa Rica un patrimonio propio y a mantener “[...] –con las rentas actuales y con otras que sean necesarias– un fondo especial para el financiamiento de la Educación Superior Estatal”.

Por ello, en virtud de aquella capacidad plena de disposición, además de su independencia de raigambre constitucional, sobre la Universidad de Costa Rica no media de parte del Estado ni de ninguna dependencia suya un poder de

condicionamiento sobre la administración y uso de su hacienda universitaria. Ahora bien, no sobra indicar que la capacidad jurídica plena debe ejercitarse conforme a la racionalidad y los fines propios de la institución. De esta forma, no es incitar, a partir de la idea descrita arriba, la irresponsabilidad ni la arbitrariedad. En alguna manera, significa actuar conforme a la prudencia y diligencia de un “buen padre de familia”.

Todos estos atributos, atrás aludidos, no forman parte de una facultad que se haya reconocido en la Constitución Política; pero que luego se haya hecho depender de la ley para su desarrollo y concreción<sup>101</sup>. Es el propio constituyente el que las ha instaurado en el mismo texto supremo, quien las ha hecho legitimar desde el más alto nivel, para que, en un método de irrigación normativa, motivado en la potencia jurídica de la supremacía constitucional, llegue al resto del ordenamiento jurídico.

#### **Reflexión final**

Conocer las raíces históricas y el proceso evolutivo jurídico de una entidad, en el devenir de los tiempos, es esencial a fin de ubicarla mejor en el marco jurídico vigente. Esto permite comprender mejor su naturaleza jurídica y realidad en el juego de relaciones con otras entidades dentro de la estructura del aparato estatal.

La autonomía de la Universidad de Costa Rica antes expuesta no sobreabunda un detalle utópico

<sup>100</sup> Sobre esta tipología, véase a Mauro Murillo Arias. (1983). “La descentralización administrativa en la Constitución Política”. En *Derecho constitucional costarricense. Ensayos*. 1<sup>ra</sup> edición. San José: Editorial Juricentro. Este artículo ya había sido publicado antes (1976) en la *Revista de Ciencias Jurídicas* 30, septiembre-diciembre. Aunque es útil su referencia, debemos indicar que la Universidad de Costa Rica no es ente público menor. “La creación por parte de la Constitución Política de la naturaleza jurídica propia de la Universidad de Costa Rica viene a destacar, además, que su personalidad jurídica es originaria. Es decir, que su existencia y su alto rango jurídico no deriva de la Administración estatal, ni se desprende de un acto legislativo. En este sentido, la Universidad de Costa Rica no puede ser considerada como ente público menor, esto es, como un ente público de menor jerarquía a la que corresponde a la Administración central. No existe tal relación jerárquica, tal relación de dependencia o subordinación”. Baudrit. *Repensar la autonomía de la Universidad de Costa Rica*, p. 7. \_

<sup>101</sup> Así sucede en países como España, por ejemplo.



que podría subyacer desde su independencia; al contrario, si se quiere, lo aquilata en lo que realmente es: una capacidad para autodeterminarse en aquello que tenga que ver con su ámbito de acción y competencias asignadas desde el más alto nivel constitucional.

Desde que el Estado costarricense quedó instaurado con la emisión de la Constitución Política, de forma simultánea la Universidad de Costa Rica también quedó constituida gracias a la “recreación” que el constituyente le otorgó, pasándole del nivel legislativo al más alto nivel constitucional. El atributo de sus competencias y funciones no es fruto de un proceso de descentralización formal –legislativo– sino originario-constitucional.

En Costa Rica, pues, no ocurre una *doble legitimación* en el sentido de reconocer en la Constitución Política la autonomía como garantía o derecho y dejar a la ley su desarrollo y concreción. No se puede sostener que la Constitución Política haya optado por una opción constitucional de universidad pública como servicio público de la educación superior que parte de un proceso, en el caso de las públicas, que deba salir del Estado ente público-mayor a través de una descentralización fundacional de funciones.

Su desarrollo histórico y su realidad jurídico-constitucional vigente permiten tratarla de forma distinta, no como una entidad pública de las denominadas menores; de las adscritas, conforme lo visto, a la Administración Pública Descentralizada. En un Estado de derecho como el nuestro, interesa posicionar su verdadera esencia.

## Bibliografía

### Libros, artículos y otros citados

Alfaro Valverde, Alicia y Badilla Vargas, Maynor. (2014). La Tertulia Patriótica: una herramienta didáctica para el abordaje de la historia de Costa Rica. *Revista Herencia* 27, (1-2): 7-26.

Araya Pochet, Carlos. (1991). La Universidad de Costa Rica: Rasgos de su evolución histórica: 1940-1972. En *Historia de la Educación Superior en Costa Rica*. San José: Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica.

Asamblea Nacional Constituyente de 1949. (1956). *Actas*. San José: Imprenta Nacional, tomo III.

Azofeifa, Isaac Felipe. (1991). Para verdades, el tiempo. Testimonios sobre la fundación de la Universidad de Costa Rica. En *Historia de la Educación Superior en Costa Rica*. San José: Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica.

Baudrit Carrillo, Luis. (2009). *Autonomía universitaria y control de la Hacienda pública*. San José: Sección de Impresión del SIEDIN de la Universidad de Costa Rica.

Baudrit Carrillo, Luis. (2005). *Repensar la autonomía de la Universidad de Costa Rica*. San José: Sección de Impresión del SIEDIN de la Universidad de Costa Rica.

Comisión de Vicerrectores de Extensión Social del CONARE y la Subcomisión de Difusión del Informe del estado de la nación. *Conversatorio: Autonomía universitaria costarricense en tiempos de cambio*, celebrado el 12 de junio de 2014, a las 10:00 horas, en el Auditorio de la Escuela de Ingeniería Eléctrica, Ciudad de la Investigación, Universidad de Cota Rica.

Fischel, Astrid. (1991). Los estudios superiores en Costa Rica 1888-1940. En *Historia de la Educación Superior en Costa Rica*. San José: Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica.

Galdames Galdames, Luis. (1935). *La universidad autónoma*. San José: Editorial Borrás Hermanos.

González García, Yamileth. (1991). La Universidad de Santo Tomás: una polémica sin cuartel. En *Historia de la Educación Superior en Costa Rica*. San José: Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica.

González Villalobos, Luis Paulino. (1989). *La Universidad de Santo Tomás*. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica.

Hernández Rivera, Patricia. (2013). Antecedentes históricos de la educación en Costa Rica: de la colonia a la apertura de la Facultad de Odontología. *Revista Odovtos: International Journal of Dental Sciences*. 15: 81-91.

Jinesta Lobo, Ernesto. (2009). *Tratado de derecho administrativo*. Segunda edición. Tomo I. San José: Editorial Jurídica Continental S. A.

Magallón Ibarra, Jorge. (1998). *Instituciones de derecho civil*. Volumen II. México: Editorial Porrúa.

Molina Jiménez, Iván. (2007). Educación y sociedad en Costa Rica: de 1821 al presente (una historia no autorizada). *Diálogos: Revista Electrónica de Historia* 8, n.º 2: 148-356.

Monge Alfaro, Carlos. (1978). *La universidad en el desarrollo histórico nacional*. San José: Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, Departamento de Publicaciones.

Murillo, Mauro. (1983). La descentralización administrativa en la Constitución Política. En *Derecho constitucional costarricense. Ensayos*. Primera edición. San José: Editorial Juricentro.

Naishat, Francisco, García Raggio Ana María y Schuster Federico. (2006). *Filosofía política de la autonomía universitaria*. México: Red Perfiles Educativos, ProQuest ebrary.

Tinoco Castro, Luis Demetrio. (1983). *La Universidad de Costa Rica. Trayectoria de su creación*. San José: Editorial Costa Rica.

Villalobos Rodríguez, José; Chacón de Umaña, Luz y Sáenz Carbonell, Jorge. (2000). *Braulio Carrillo: El estadista*. Tomo II. San José: Imprenta Nacional.

### **Libros y artículos utilizados como referencia**

Barahona Jiménez, Luis. (1976). *La Universidad de Costa Rica*. Primera edición. San José: Editorial Universidad de Costa Rica.

Baudrit Carrillo, Luis. (2011). *Espíritu universitario y autonomía*. San José: Documento inédito.

Entrena Cuesta, Rafael. (1988). *Curso de derecho administrativo*. Volumen I. Novena edición. España: Editorial Tecnos.

García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. (1995). *Curso de derecho administrativo I*. Séptima edición. Madrid: Editorial Civitas S. A.

Garrido Falla, Fernando. (1964). *Tratado de derecho administrativo*. Onceava edición. España: Instituto de Estudios Políticos.

Martín-Retortillo Baquer, Sebastián. (2007). *Instituciones de derecho administrativo*. Primera edición. España: Editorial Civitas.

Martín Mateo, Ramón. (2005). *Manual de derecho administrativo*. Vigésima cuarta edición. España: Editorial Aranzadi S. A.

Mora Espinoza, Álvaro. (2014). Autonomía universitaria ¿concepto en crisis? En *Estudios en homenaje al Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada*. Compilador César Hines Céspedes. Primera edición. San José: Editorial ISOLMA S.A.

Ortiz Ortiz, Eduardo. (2002). *Tesis I y II de derecho administrativo*. San José: Editorial Stradtman.

### **Normas del ordenamiento jurídico costarricense utilizadas y referenciadas**

#### **Constitución Política**

Constitución Política de la República de Costa Rica del 7 de noviembre de 1949.

Ley de Bases y Garantías de 1841 (carta constitucional derogada); conocida también con el nombre de Decreto de Bases y Garantías del 8 de marzo de 1841.

#### **Leyes**

Código Civil, Ley N.º 63 del 28 de setiembre de 1887.

Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley N.º 8508 del 28 de abril de 2006.

Ley de Creación de la Universidad Nacional, Ley N.º 5182 del 15 de febrero de 1973.

Ley de Planificación Nacional, Ley N.º 5525 del 2 de mayo de 1974.

Ley General de la Administración Pública, Ley N.º 6227 del 2 de mayo de 1978.

Ley Orgánica de la Universidad de Costa Rica, Ley N.º 362 del 26 de agosto de 1940.

#### **Normas universitarias**

Estatuto Orgánico de la Universidad de Costa Rica, decretado por el Consejo Universitario de la Universidad de Costa Rica en marzo de 1974.

#### **Reglamentos**

Decreto Ejecutivo n.º 9469 del 18 de diciembre de 1978, el cual exceptúa la aplicación de la Ley General de la Administración Pública.

#### **Resoluciones judiciales**

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia n.º 1313-93 de las 13:54 horas del 26 de marzo de 1993 (magistrado redactor: Eduardo Sancho González).

Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia n.º 6256-94 de las 9:00 horas del 25 de octubre de 1994 (magistrado redactor: Eduardo Sancho González).



# **BREVES MEDITACIONES SOBRE LA NUEVA CAUSAL DE DISOLUCIÓN EN MATERIA DE SOCIEDADES MERCANTILES REGULADA EN LA LEY N.º 9699**

Lic. Esp. Carlos José Carrera Castillo \*

## **RESUMEN**

*Este artículo tiene el objetivo de informar que mediante Ley No. 9699 se ha establecido una nueva causal de disolución de las sociedades mercantiles, la sentencia dictada por el Tribunal Penal que así lo declare en aplicación de las sanciones a los delitos regulados por la misma, aparentemente con un error técnico al no establecer la liquidación como consecuencia inmediata. Sin embargo, a través de un análisis interpretativo de la Ley y la legislación supletoria concluimos que es factible continuar con el procedimiento deliquidación de la sociedad. Adicionalmente describimos que la Ley indicada introduce instituciones mercantiles no previstas en el Código de Comercio nacional, tales como la regulación de la prohibición de la disolución voluntaria en el supuesto de tramitación de proceso penal contra los administradores de la persona jurídica y la disolución aparente.*

**Palabras Clave.** *Derecho Societario, nueva causal de disolución de sociedades mercantiles, liquidación de sociedades, prohibición de disolución voluntaria, disolución aparente.*

## **ABSTRACT**

*This article aims to inform that by Law No. 9699 a new ground for dissolution of commercial companies has been established, the sentence issued by the Criminal Court that declares it in application of the sanctions to regulated crimes for the same, apparently with a technical error by not establishing the settlement as an immediate consequence. However, throughs an interpretive analysis of the Law and the supplementary legislation, we conclude that it is feasible to continue with the liquidation procedure of the company. Additionally, we describe that the indicated Law introduces commercial institutions not provided for in the National Commercial Code, such as the regulation of the prohibition of voluntary dissolution in the case of criminal proceedings against the administrators of the legal entity and the apparent dissolution.*

**Keywords.** *Corporate Law, a new cause for dissolution of commercial companies, liquidation of companies, prohibition of voluntary dissolution, apparent dissolution.*

*Recibido 11 de agosto*

*Aprobado el 12 de agosto de 2020*

---

\* Posgrado, especialista en Derecho Comercial, Universidad de Costa Rica; profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Cátedra de Derecho Comercial. [ccarrera@carreraabogadoscr.com](mailto:ccarrera@carreraabogadoscr.com)

Mediante la Ley N.º 9699 del 10 de junio de 2019, se aprobó la regulación sobre la **RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS SOBRE COHECHOS DOMÉSTICOS, SOBORNO TRANSNACIONAL Y OTROS DELITOS.**

**1. Delimitación del objeto de investigación. La disolución de la sociedad mercantil como pena originada en el artículo 11, inciso f) de la Ley N.º 9699**

Los artículos 2 y 3 de la citada ley se encargan de definir el alcance o ámbito de aplicación subjetiva, enumerando las distintas personas jurídicas de derecho privado, costarricenses o extranjeras, **públicas, estatales o no estatales**, las cuales estarán sometidas a la ley. Dichos preceptos normativos disponen:

**ARTÍCULO 2- Alcances**

*Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a:*

*a) Las personas jurídicas de derecho privado costarricense o extranjero, domiciliado, residente o con operaciones en el país.*

*b) Las empresas públicas estatales y no estatales y las instituciones autónomas, que estén vinculadas con relaciones comerciales internacionales y cometan el delito de soborno transnacional, así como los delitos de receptación, legalización o encubrimiento de bienes, producto del soborno transnacional.*

*Para efectos de la presente ley, la persona jurídica de derecho privado costarricense es aquella constituida y domiciliada en el país, con independencia del capital de origen.*

*La persona jurídica extranjera se presume domiciliada en Costa Rica si tuviera en el país agencia, filial o sucursal, o realizara algún tipo de contrato o negocio en el país, pero solo respecto de los actos o contratos celebrados por ellas.*

*La presente ley también será aplicable a las personas jurídicas o de hecho que operen mediante la figura del fideicomiso, sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, fundaciones y otras asociaciones de carácter no mercantil, que tengan capacidad de actuar y asumir la responsabilidad jurídica de sus actos.*

*Las empresas matrices serán responsables cuando una de sus subordinadas, o una empresa bajo su control directo o indirecto, incurra en alguna de las conductas enunciadas en el artículo anterior, cuando obtengan un provecho directo o indirecto o se actúe en su nombre o representación”.*

*También serán responsables, conforme a la presente ley, las personas jurídicas que cometan las conductas citadas en beneficio, directo o indirecto, de otra persona jurídica o actúen como sus intermediarios.*

*Las personas jurídicas descritas en los párrafos anteriores tienen el deber legal de evitar la comisión de los delitos descritos en el artículo 1 de esta Ley. En caso de no hacerlo, serán responsables penalmente según lo establecido en el artículo 18 de la*

*Ley N.º 4573, Código Penal, de 4 de mayo de 1970”<sup>1</sup>.*

*“ARTÍCULO 3- Vicisitudes de la persona jurídica*

*Cuando la persona jurídica presuntamente responsable por las conductas descritas en el artículo 1 de la presente ley, se absorba, transforme, adquiera, fusione o escinda, luego de ocurridos los hechos generadores de responsabilidad, se seguirán las siguientes reglas:*

*a) Si se extinguiera por efecto de una absorción, transformación, adquisición o fusión, la persona jurídica absorbente o nueva será objeto del procedimiento de responsabilidad que regula la presente ley y se hará acreedora de las consecuencias que se deriven de él.*

*b) Si se escinde, todas las personas jurídicas que hayan participado en el proceso de escisión, bien como escindentes o beneficiarias, estarán sujetas al proceso y a las sanciones de la presente ley.*

*En caso de que ocurra una disolución aparente, cuando la persona jurídica continúa su actividad económica a través de otra nueva pero mantiene la identidad sustancial de sus clientes, proveedores, empleados, o de la parte más relevante de todos ellos, continúa teniendo la responsabilidad penal de la persona jurídica disuelta<sup>2</sup>.*

Para el presente artículo, nos interesa destacar el caso de una persona jurídica en especial: **la sociedad mercantil** regulada en nuestro Código de Comercio, en los artículos 5, inciso c), 17, 19, 20, 235, siguientes y concordantes de nuestro cuerpo legal normativo.

De acuerdo con la Ley N.º 9699, es nuestra finalidad y propósito referirnos a un tema que se regula en sus artículos 11, inciso f) y 22, los cuales estipulan la disolución como sanción contra la persona jurídica.

En el caso de sociedades mercantiles, esta disposición viene a engrosar el espectro delimitador de nuestra investigación, las causales donde opera la disolución de sociedades mercantiles, las cuales se encuentran reguladas en los artículos 20, 56, 84, 101, 201 y 7 de la Ley N.º 9428 (impuesto a personas jurídicas) y, en particular, este nuevo supuesto creado por la legislación relacionada.

También llama la atención la regulación en materia de disolución, la prohibición que dispone esta ley en el artículo 22 *idem* de la ***disolución voluntaria***. Es decir, mientras se encuentre en curso un proceso penal con imputación a una persona jurídica, los socios, accionistas o cuotistas -en caso de sociedades- no pueden adoptar o aprobar el acuerdo de disolver por convenio de los socios -sea decisión voluntaria- la sociedad (artículo 201, inciso d) del Código de Comercio). El mismo numeral regula el procedimiento que debe seguirse para comunicarle al Registro Mercantil la imposibilidad de disolución voluntaria mediante anotación registral.

<sup>1</sup> Asamblea Legislativa. Ley N.º 9699: Responsabilidad de las personas jurídicas sobre hechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos del 10 de junio de 2019. Sinalevi. Consultada el 14 de agosto de 2020, de: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=88954&nValor3=116544&strTipM=FN](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=88954&nValor3=116544&strTipM=FN); art. 2.

<sup>2</sup> Ley N.º 9699, art. 3.

## 2. De la nueva causal incorporada al ordenamiento jurídico societario por ley especial. Aparente inconsistencia con nuestro sistema jurídico

El artículo 11, inciso f) textualmente señala:

*f.) **Disolución de la persona jurídica.** Esta sanción solo podrá aplicarse si la persona jurídica hubiera sido creada al solo efecto de la comisión del delito o si la comisión de delitos constituye su principal actividad. Esta pena no se aplicará a las empresas públicas estatales o no estatales ni a las instituciones autónomas.*

*Dispuesta la cancelación o disolución de la persona jurídica, el juez comunicará la sanción al registro correspondiente, para su publicación en el diario oficial y **cancelación de inscripción** y, en caso de que corresponda, al Registro Nacional para la respectiva anotación de bienes. Existirá imposibilidad legal para que se tramite su absorción, adquisición, transformación, fusión o escisión de una persona jurídica u otra figura similar.*

*Cuando deba liquidarse el patrimonio de una persona jurídica en razón de la presente ley, los derechos reales inscritos y los derechos laborales, ambos de terceros de buena fe, tendrán prioridad sobre las demás obligaciones que deban satisfacerse, incluyendo la pena pecuniaria eventualmente impuesta<sup>3</sup>. (El destacado no es del original).*

Dentro de las facultades, atribuciones y competencias del Poder Legislativo -artículo 121 de la Constitución Política-, tenemos la elaboración o creación de las leyes. Desde el

punto de vista de la autoridad competente y el procedimiento establecido, la disposición normativa encuentra sustento y respaldo en nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

Dentro de su política legislativa, el legislador ha decidido regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que enuncia su denominación. Indistintamente, si estimamos que es correcta o incorrecta la atribución o imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas -que sería un tema aparte-, ciertamente es una disposición vigente. Se elimina el principio mercantil que aseguraba que *societas delinquere non potest*.

El punto medular radica en señalar que, a partir de la entrada en vigencia de esta ley (2019), se ha legislado que se puede aplicar la disolución como pena a la persona jurídica que incurra en los supuestos previstos por la ley citada.

Sin embargo, como ya hemos opinado, con ocasión del artículo 7 de la Ley del Impuesto de Personas Jurídicas, N.º 9428, consideramos que nuestro legislador confunde los términos técnico-jurídicos: disolución, liquidación y extinción.

Contrastemos los textos legales:

El artículo 11 de la Ley N.º 9699 dispone en lo que interesa:

*Dispuesta la cancelación o disolución de la persona jurídica, el juez comunicará la sanción al registro correspondiente, para su publicación en el diario oficial y cancelación de inscripción y, en caso de que corresponda, al Registro Nacional para la respectiva anotación de bienes. Existirá imposibilidad legal para que se tramite su*

<sup>3</sup> Ley N.º 9699, art. 11, inciso f).



*absorción, adquisición, transformación, fusión o escisión de una persona jurídica u otra figura similar*<sup>4</sup>. (El subrayado no es del original).

Mientras el artículo 7 de la Ley N.º 9428 señala:

*La Dirección General de Tributación enviará al Registro Nacional un informe que contenga el detalle de las sociedades mercantiles, las empresas individuales de responsabilidad limitada o la sucursal de una sociedad extranjera o su representante, que no paguen el impuesto por tres períodos consecutivos, para que el Registro Nacional envíe el aviso de disolución al diario oficial La Gaceta, de conformidad con el artículo 207 de la Ley N.º 3284, Código de Comercio, de 30 de abril de 1964, y procederá a la cancelación de la inscripción y anotación de bienes*<sup>5</sup>. (El subrayado no es del original).

En ambas disposiciones preceptivas, observamos el fenómeno recurrente de la disolución seguido de la cancelación de la inscripción de la persona jurídica en el registro correspondiente; es decir, la disolución de la sociedad sin previa liquidación de esta. No es que dicho fenómeno sea desconocido en el ámbito societario. Está previsto en la fusión y escisión entre otras.

No obstante, en la Ley N.º 9428 y la Ley N.º 9699, consideramos que se trata de un error técnico-jurídico, cuyo origen obedece, lo señalamos a título de hipótesis, a la fuente que ha nutrido la regulación de la materia, los principios de la OCDE y la influencia del derecho extranjero.

En Costa Rica, la disolución y posterior liquidación resultan de aplicación, dado que, en nuestro régimen jurídico, se debe liquidar en vigencia de la sociedad (209) el patrimonio social y desinteresar a las personas acreedoras tenedoras de las obligaciones sociales de la sociedad disuelta. En doctrina, se indica:

*La disolución de la sociedad no implica automáticamente su extinción, sino que para llegar a esta ha de pasarse normalmente por el procedimiento de liquidación de la sociedad*.<sup>6</sup>

*La disolución no pone fin a la persona jurídica ni convierte a la sociedad en otra persona jurídica distinta. La sociedad anónima subsiste ("conserva la personalidad jurídica") hasta que sean satisfechos los acreedores sociales y se distribuya el patrimonio social entre los socios, si bien sufre importantes modificaciones*<sup>7</sup>.

Nuestra legislación societaria seguidora del sistema romano germánico prevé la disolución como una etapa dentro del fenómeno de extinción del ente jurídico. Los estadios o fases que concurren cronológicamente en nuestro Código Mercantil son: a) la disolución (201-208), b) liquidación (209-224) y c) extinción de la sociedad mercantil (235).

La sociedad se liquida en vida de la sociedad y, durante esta, la sociedad mantiene una personalidad jurídica menguada (209), pero

4 Ley N.º 9699, art. 11.

5 Ley N.º 9428, art. 7.

6 SÁNCHEZ CALERO, Fernando. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE JUAN. (2019). Principios de derecho mercantil. Tomo I. Navarra: Thomson Reuters ARAZANDI, 24 edición, p. 454.

7 BELTRÁN, Emilio. (1997). Disolución de la sociedad anónima. Madrid: Editorial Civitas, segunda edición, pp. 22-23.

no desaparece o muere<sup>8</sup>. Finalizada la etapa de liquidación, emerge o surge el momento para desinscribir en el Registro la existencia de la sociedad; es decir, su extinción, aunque, en sentido estricto, carezcamos de disposición legal concreta que determine esa situación fáctica.

En tanto, el cardinal 235, inciso a) del Código Mercantil no indica específicamente la extinción o cancelación de la inscripción. Aunque, en un sentido lato, podríamos derivar tal circunstancia de los artículos 19, 22, 216 y 217 del mismo Código. Disolución y extinción no son sinónimos, aunque en el lenguaje usual o corriente, sea una de sus acepciones<sup>9</sup>.

Si acudimos a la exposición de motivos que se presenta en el Proyecto Legislativo n.º 21 234<sup>10</sup>, notaremos la decidida influencia ejercida por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, más reconocida por sus siglas OCDE. Al respecto, el Poder Ejecutivo ha señalado:

*El 29 de marzo 1996, Costa Rica suscribió la Convención Interamericana Contra la Corrupción, misma que fue aprobada por la Asamblea Legislativa mediante la Ley N.º 7670, de 17 de abril de 1997. Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, más conocida como el Convenio de Palermo, fue aprobada mediante la Ley N.º 8302, de 12 de setiembre de 2002. Acorde con las acciones tomadas por otros países y en atención a la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico, aun*

*cuando ya se encontraban previstos en el Código Penal los delitos de cohecho propio y cohecho impropio, Costa Rica decidió emitir una normativa especial relacionada con el fenómeno de la corrupción. Así, mediante la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley N.º 8422, de 6 de octubre de 2004, se tipificó el delito el soborno transnacional. El 29 de noviembre del 2006 se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción con Ley N.º 8557. Siendo el único instrumento universal contra la corrupción, este instrumento confirma el compromiso de los Estados miembros de las Naciones Unidas contra la corrupción. Posteriormente, a través de la Ley N.º 8630, de 17 de enero de 2008, Costa Rica decidió reformar el delito soborno transnacional, ampliando el ámbito de aplicación a los funcionarios públicos, sin distinción del nivel de gobierno, entidad o empresa pública en que se desempeñan y previendo la sanción, aún en los casos en que el soborno sea recibido por otra persona. Por otra parte, con dicha ley, nuestro país introdujo una regulación específica para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas que participen en el cohecho de servidores públicos extranjeros, con el propósito de adecuar el sistema a las necesidades del combate de la corrupción transnacional. Continuando con sus esfuerzos en la materia, Costa Rica aprobó la Ley N.º 9389, de 16 de agosto de 2016, mediante la cual se modifica el delito de soborno transnacional para sancionar*

8 La sociedad disuelta, según se ha indicado, conserva su personalidad jurídica durante el periodo de liquidación, pero como se trata de una etapa en la que la actividad de la sociedad no es el ejercicio de su objeto social, sino efectuar la liquidación de la misma. **SÁNCHEZ CALERO**, op. cit., p. 460.

9 **ZUNINO**, Jorge O. (1987). **SOCIEDADES COMERCIALES. Disolución y liquidación. Causales y procedimiento.** Tomo II, Buenos Aires: Editorial Astrea, s.n.e., p. 2.

10 Exposición de motivos del Proyecto Legislativo n.º 21 234.

la simple promesa u ofrecimiento, como constitutiva de dicho delito. Recientemente, se aprobó la adhesión de nuestro país a la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDEI), mediante la Ley N.º 9450, de 11 de mayo de 2017. Convención que es el primer y único instrumento internacional anticorrupción que se enfoca en el lado “oferente” de la corrupción, es decir, la persona o entidad que ofrece, promete u otorga una dádiva. Como se puede detallar, diversos instrumentos jurídicos internacionales conforman el marco normativo costarricense y establecen la necesidad de responsabilizar, a nivel legal, a las personas jurídicas por hechos que producen un daño significativo a los bienes jurídicos, que se ven lesionados con la comisión de los delitos relacionados con la corrupción. Producto de su proceso de adhesión a la OCDE, Costa Rica se ha sometido a evaluaciones por parte del Grupo Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales 2 (Grupo de Trabajo sobre Cohecho o WGB, por sus siglas en inglés), el cual ha recomendado al país hacer las reformas legales necesarias para investigar y sancionar las personas jurídicas que participen en actos de soborno contrarios a la Administración Pública,

nacional o extranjera. Esta recomendación la hicieron considerando que el sistema actual regulado en el artículo 44 bis de Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública genera dudas sobre la eficacia para investigar y sancionar a personas jurídicas. En ese contexto y, en virtud de las buenas prácticas de países líderes en la materia, se establece la responsabilidad de las personas jurídicas sobre determinados delitos relacionados con la corrupción. Distintos ordenamientos como el español, el chileno, el alemán, entre otros, ya han permitido esta responsabilidad como consecuencia directa de la evolución de los preceptos legales al considerar cambios en el contexto social, político y jurídico de cada país. En términos generales, el texto regula el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones<sup>11</sup>.

Es innegable la influencia de los principios de la OCDE<sup>12</sup> y del derecho extranjero en la regulación del fenómeno extintivo de la persona jurídica en las leyes estudiadas. En ciertos países, hasta se ha exigido como requisito de incorporación o adhesión a OCDE la implementación o aprobación de las leyes que patrocina y promueve.

Por ende, no debe sorprender que ambas normas jurídicas (Ley del Impuesto de Personas Jurídicas

11 La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es una organización de países que se fundó en 1961 y tiene como misión la promoción de políticas dirigidas a mejorar el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. Asimismo, provee un foro donde los gobiernos de más de 35 países comparten experiencias y buenas prácticas, y buscan de manera conjunta soluciones a problemas comunes y globales. 2. El Grupo de Trabajo sobre Cohecho, establecido en 1994, es el responsable de la supervisión de la implementación y el cumplimiento de la Convención Anti-cohecho de la OCDE, la Recomendación de 2009 sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (Recomendación contra el Cohecho) e instrumentos conexos. El Grupo está compuesto por representantes de más de 40 países y sirve además como foro para discutir temas de importancia en la lucha contra la corrupción y establecer contacto con grupos y organizaciones internacionales vinculados con la materia.

12 OCDE. (2016). Principios de gobierno corporativo de la OCDE y del G20. Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>.

y la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas) dispongan en los cánones 7 y 11, inciso f) respectivamente, en primer lugar, la disolución como sanción y, en segundo término, que decretada esta, se procederá *ipso facto* su desinscripción en el Registro Mercantil; es decir, su extinción sin decursar o realizar la fase de la liquidación de sociedades prevista en el capítulo IX del Libro primero del Código Mercantil, en los artículos 209 a 219, los cuales fijan y determinan el procedimiento de la liquidación de las sociedades mercantiles.

No obstante, profundizado el tópico, observamos que el régimen de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha generalizado en América Latina con ocasión de los grandes escándalos de corrupción de empresas extranjeras con personas funcionarias públicas gubernamentales que han propiciado la implementación de estas leyes.

Pero retomando el caso de la disolución y/o cancelación de la persona jurídica como pena aplicable en los supuestos fácticos normados en dicha normativa, aparece un cierto modelo o estándar internacional de regulación originado en OCDE y propuesto a los países vía convención o ley modelo sobre el tema de la regulación de la pena de la disolución de la persona jurídica.

Algunos países, tomando como referencia o marco el tema de la disolución y cancelación de la inscripción registral como sanción aplicable, *han adaptado y ajustado* tal propuesta a su legislación interna.

Por ejemplo, en Chile se promulgó la Ley N.º 20 393 en diciembre de 2009, la cual regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y , en su artículo 8, se establece la sanción de la “*disolución o cancelación de la persona jurídica*”<sup>13</sup>. Pero, en el artículo 9 de esta ley, el legislador chileno reguló con precisión el trámite de la liquidación de la sociedad en ese supuesto<sup>14</sup>.

Por su parte, Argentina sanciona la Ley N.º 27 401 el 8 de noviembre de 2017, regulando como pena aplicable en su artículo 7, inciso 4), la disolución y *liquidación* de la persona jurídica<sup>15</sup>.

En Perú, se dictó en el 2016, la Ley N.º 30424 que, en el artículo 10, contempla la disolución de la sociedad solamente para el caso del delito de cohecho activo transnacional; pero no ordena la cancelación de la inscripción, es decir, la extinción.

Aparentemente de una interpretación literal de la mencionada ley, no ocurrió lo mismo en Costa Rica donde se regularon la disolución y

13 Ley N.º 20 393, art. 7.

14 *Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. La disolución o cancelación producirá la pérdida definitiva de la personalidad jurídica.*

*La sentencia que declare la disolución o cancelación designará, de acuerdo a su tipo y naturaleza jurídica y a falta de disposición legal expresa que la regule, al o a los liquidadores encargados de la liquidación de la persona jurídica. Asimismo, y en iguales condiciones, les encomendará la realización de los actos o contratos necesarios para:*

- 1) Concluir toda actividad de la persona jurídica, salvo aquellas que fueren indispensables para el éxito de la liquidación;*
- 2) Pagar los pasivos de la persona jurídica, incluidos los derivados de la comisión del delito. Los plazos de todas esas deudas se entenderán caducados de pleno derecho, haciéndolas inmediatamente exigibles, y su pago deberá realizarse respetando plenamente las preferencias y la prelación de créditos establecidas en el Título XLI del Libro IV del Código Civil, particularmente los derechos de los trabajadores de la persona jurídica, y*
- 3) Repartir los bienes remanentes entre los accionistas, socios, dueños o propietarios, a prorrata de sus respectivas participaciones...”*

15 Art. 7. 4, Ley N.º 27 401 de la República Argentina: **Disolución y liquidación de la personería** cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;

cancelación de la persona jurídica en el registro respectivo. Sugerimos, como solución de *lege ferenda*, modificar la regla contenida y, si se desea mantener la disolución de persona jurídica como sanción, esta debería ir continuada de su inmediata liquidación como lo han establecido la legislación argentina y la chilena, arriba mencionadas. En el caso de sociedades mercantiles, se emplea el procedimiento estipulado en los artículos 209-219 del Código de Comercio.

En otra publicación<sup>16</sup>, hemos comentado esta particular y extraña regulación en Costa Rica en la anterior y derogada Ley N.º 9024, Ley del Impuesto de Personas Jurídicas, que, con algunas salvedades, corresponde a la actual y vigente Ley N.º 9428. Señalamos, en esa oportunidad, los errores técnico-jurídicos de la ley y las consecuencias procesales que sucederían.

Hoy nuestros tribunales se encuentran con cierta regularidad con la situación de sociedades mercantiles disueltas al tenor del artículo 7 de la Ley N.º 9428 -por el no pago de tres periodos consecutivos del impuesto-, pero que no han iniciado el trámite de liquidación. Por lo tanto, sin liquidador o liquidadores que, al tenor del artículo 210 del Código Mercantil, se convierten en administradores y representantes legales de la sociedad en liquidación, los procesos no pueden continuar mediante la sucesión procesal (artículo 21.4.3 CPC).

Aunque la regulación es aún más sombría y perturbadora, no se ha aplicado tal y como se encuentra prevista en la Ley N.º 9428, en cuanto, el numeral 7 *idem* manda u ordena la cancelación de la inscripción registral; es decir, su desaparición del mundo jurídico. El Registro Nacional con precaución y cautela no procedió a la aplicación literal de la norma jurídica. En

este caso, sería imposible iniciar o continuar con un proceso judicial o administrativo contra esa sociedad extinta.

Esas son las consecuencias de importar e incorporar en nuestra legislación normas modelo o marco sin adecuarlas a la legislación interna y evitar inconsistencias e incongruencias.

Ahora bien, partiendo de una interpretación lógico-sistemática y teleológica de la norma, consideramos que es posible sustentar la tesis de que la fase de liquidación no fue excluida de la Ley N.º 9699 con los siguientes argumentos:

Ciertamente, en el segundo párrafo del artículo 11, inciso “f”, parece establecerse una secuencia: a) se dispone la cancelación o disolución; b) se cancela la inscripción registral. Una lectura meramente gramatical nos podría llevar a estimar que la ley deja por fuera la etapa de la liquidación. Sin embargo, se deben valorar dos ideas.

**Primero:** El tercer párrafo del inciso “f” cita “*Cuando **debe liquidarse** el patrimonio de una persona jurídica **en razón de la presente ley**, [...]*”. Cabe preguntarse ¿cuándo en razón de la presente Ley N.º 9699 procede una liquidación? Del catálogo de sanciones previstas en el artículo 11 de la Ley N.º 9699, solo cuando se impone la pena de disolución que supondría, en rigor jurídico-comercial, una liquidación. El resto se trata de multas, pérdidas de beneficios, inhabilitación y cancelación de permisos que no implican necesariamente liquidar una sociedad.

**Segundo:** Dentro de las disposiciones finales, el artículo 33, párrafo segundo, de la Ley N.º 9699, denominado “normas de interpretación”, apunta que puede recurrirse, entre otros, al Código Procesal Civil, al Código de Comercio,

16 CARRERA CASTILLO, Carlos José. (Dic. 2012). *Comentarios a la Ley de Personas Jurídicas*. Revista Judicial. N.º 106, pp. 69-75.

etc., en lo que resulten pertinentes. Si esos dos Códigos exigen la liquidación posterior a la disolución y previo a la cancelación registral, con mayor motivo se entiende que, en un contexto de armonía del ordenamiento jurídico, la Ley N.º 9699 no excluye la liquidación.

No obstante, aún bajo la hipótesis de que aquel inciso “f” de la Ley N.º 9699 guardará total silencio sobre la liquidación (que no es así, en virtud de lo indicado en el anterior argumento), la disposición transitoria salvaría esa omisión al iniciar el párrafo segundo del citado artículo 33 con las palabras “*De manera supletoria [...] podrán aplicarse en cuanto resulten aplicables [...]*”. Es decir, los Códigos Procesal Civil y Comercial **suplen, integran o solucionan una omisión** de la Ley N.º 9699, si es que, en realidad, la Ley N.º 9699 ha omitido la fase de la liquidación en materia de sanciones.

Véase que no sería una interpretación “en contra de la ley -contra *legem*-” (de la Ley 9699), porque esta Ley 9699 **no prevé ni ordena expresamente que la liquidación debe excluirse al disolver la sociedad mercantil**, sino que solo parece guardar silencio (que, insistimos, no lo guarda), sino que sería una interpretación “según la ley *secundum legem*” (según la misma Ley N.º 9699, el Código Civil y el Código de Comercio), respetándose el sentido gramatical posible de los términos de la Ley N.º 9699.

### 3. Análisis de los supuestos fácticos de aplicación de la sanción de disolución de la Ley N.º 9699

La ley divide dos supuestos en que resulta aplicable la sanción en mención: **a)** cuando la sociedad se constituya (crea) únicamente (solamente) para cometer el (los) delito (s) previstos en la ley; **b)** cuando la comisión de esos delitos sea su actividad principal.

Nos cuestionamos si la nueva legislación era necesaria o ya integraba nuestro ordenamiento jurídico para **decretar la disolución**.

Desde el punto de vista del derecho societario, debemos acudir a las normas que regulan el objeto social. Este, normalmente en nuestro régimen jurídico, es entendido como actividad y no finalidad como erradamente se señala en el artículo 17 del Código de Comercio. Es la actividad (económicamente organizada de manera profesional) que realiza la persona jurídica mercantil. Se encuentra regulado en el artículo 18, inciso 5, del Código de Comercio. Recordemos que, en materia de objeto, podemos encontrar tres diferentes tipos: 1) **Genérico**, amplio, laxo o abierto. 2) **Ad hoc, cerrado** o específico. 3) **Mixto o híbrido**, una combinación de los anteriores.

La regulación societaria costarricense permite los tres tipos de objetos, contrario a la opinión más calificada de la doctrina que aboga por el objeto específico o delimitado. Aunque nuestra legislación sea muy liberal en esta materia, tratándose de objeto social que puede desempeñar una sociedad, debe ser lícito, posible -jurídica y materialmente-, no prohibido y no debe ser contrario a las normas imperativas o de orden público. En consecuencia, una sociedad no puede constituirse o fundarse válidamente para realizar o cometer delito (s) por la ilicitud de su objeto y tampoco puede dedicarse como actividad principal a realizar conductas criminales por resultar contraria al objeto social.

La sociedad mercantil tiene naturaleza jurídica contractual (artículos 18, inciso 1 y 23, párrafo final del Código Mercantil) y se trata de un negocio jurídico. Aparte de los elementos estructurales o específicos de la sociedad mercantil (aporte, ejercicio en común de una actividad económica, persecución de lucro), debe cumplir con los elementos esenciales del negocio

jurídico contenidos en los artículos 627, 628, 631 y 1007 del Código Civil (**capacidad jurídica, objeto cierto y lícito, causa justa, consentimiento y cumplimiento de solemnidades**).

La ausencia de un requisito esencial conduce a la nulidad del negocio jurídico. La nulidad en materia societaria se encuentra regulada en el artículo 20 del Código de Comercio. Declarada la nulidad del contrato societario, se procederá a su disolución sin efecto retroactivo. Por ende, se trata de una causal de disolución legal. Sin embargo:

*La declaración de nulidad de la sociedad no produce los efectos propios de la nulidad del negocio jurídico, sino que también en este punto se manifiesta un régimen especial. La sentencia que acoge la acción de nulidad produce unos efectos similares a la declaración de la disolución de la sociedad, ya que abre su liquidación [...] <sup>17</sup>.*

La vía procesal para reclamar la declaratoria de nulidad del contrato societario es la vía ordinaria civil (artículo 103, C.P.C.). También puede ser decretada por la justicia penal mediante sentencia y aplicación de la pena. Entonces, en dos jurisdicciones (civil y penal), se puede decretar la disolución de la sociedad por patología del objeto social.

No obstante, sin perjuicio de caer en un vicio de los sistemas jurídicos conocido como la redundancia normativa (NINO, CARLOS SANTIAGO), creemos que la regulación normativa en el ámbito penal es acertada. De manera explícita, el tribunal penal cuenta con una norma que le permite declarar la disolución de la sociedad

como sanción o pena sin necesidad de acudir a las normas mercantiles que, muchas veces por desconocimiento, resultan inaplicadas.

El error de la norma radica aparentemente en su consecuencia, es decir, que decretada la disolución, se dispone *ex lege* que se debe comunicar la cancelación de la inscripción registral al registro respectivo.

Ergo, según nuestra opinión, no se puede omitir transitar por el camino de la liquidación societaria, aspecto ya resuelto *supra*, en tanto al realizar la interpretación normativa, hemos llegado a la conclusión de que la etapa de liquidación no fue suprimida por la ley, conforme los artículos 209-219 del Código de Comercio y todas las consideraciones teóricas y jurídicas expuestas con anterioridad.

Se debe cumplir la regla según la cual (con ciertas excepciones), después de la disolución, se continúa con la liquidación de la sociedad.

Es curiosa la directiva 11 de la Ley N.º 9699, la cual disuelve la sociedad y manda la anotación de bienes de la persona jurídica disuelta. Sin embargo, para hacer coherente la normativa indicada con el sistema jurídico integralmente, debemos entender que, en la redacción de la normativa mencionada, se debe tramitar la liquidación. De lo contrario, la sociedad habría desaparecido del ordenamiento jurídico mercantil. Entonces, quién es el sujeto legitimado pasivamente para enfrentar un proceso de ejecución de bienes.

El artículo 7 de la Ley N.º 9428 sí previó, desde el punto de vista tributario, lo que seguiría después de la inscripción de cancelación del asiento registral al establecer una responsabilidad

<sup>17</sup> SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pp. 220-221.

solidaria del socio en el pago del impuesto<sup>18</sup>. No se estableció la responsabilidad solidaria del socio en la Ley N.º 9699.

De manera informativa, se señala que la Ley N.º 9699 reforma el artículo 17 de la Ley de Fundaciones, ya que en adelante el artículo 17 párrafo segundo somete a la fundación al mismo régimen jurídico-disolutorio de la sociedad mercantil que acabamos de describir, con la gran diferencia de su régimen de liquidación que lo prevé en el párrafo final y que se transcribe:

*En caso de acordarse la disolución, el juez ordenará que los bienes pasen a otra fundación o, en su defecto, a una institución pública similar; si el constituyente de la fundación no les hubiera dado otro destino en ese caso, y firmará los documentos necesarios para hacer los traspasos de bienes<sup>19</sup>.*

#### **4. De la prohibición de la disolución voluntaria y la disolución aparente**

El artículo 22 de la Ley N.º 9699 dispone:

*Anotación Registral.*

*Se prohíbe la disolución voluntaria de la persona jurídica durante el desarrollo del proceso penal seguido en su contra.*

*Durante el desarrollo del proceso, a solicitud del Ministerio Público, del*

*querellante, del actor civil o de la víctima, la autoridad jurisdiccional ordenará la anotación del proceso penal al margen de la inscripción de la persona jurídica, para lo cual se remitirá el respectivo mandamiento al registro correspondiente<sup>20</sup>.*

Esta norma modifica el sistema regulado en nuestro Código de Comercio, en los artículos 56, inciso f); 84, 101 y 201 del Código de Comercio, los cuales prevén como causal de disolución de las sociedades mercantiles el acuerdo de los socios en la asamblea general competente.

La regulación antes de la reforma legislativa era la libertad plena de los socios para, mediante acuerdo de socios, terminar el contrato societario. A partir de la entrada en vigencia de la ley citada, el sistema se modifica y, en adelante, la disolución voluntaria tiene excepciones o salvedades; en concreto, no se puede acordar durante el desarrollo del proceso penal seguido contra la sociedad mercantil.

El procedimiento para anotar la existencia del proceso penal se encuentra fijado en el párrafo final del artículo 22 de la Ley, mediante comunicación del juez o de la jueza a solicitud del Ministerio Público, querellante o del actor civil, por mandamiento al Registro Mercantil al margen de la inscripción de la persona jurídica. El registrador mercantil no inscribirá el documento de disolución voluntaria de conformidad con tal disposición.

En esta Ley N.º 9699, en su artículo 3, párrafo *in fine*, se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico

<sup>18</sup> En caso de operar la disolución de las sociedades mercantiles, las empresas individuales de responsabilidad limitada o la sucursal de una sociedad extranjera y la respectiva cancelación del asiento registral, la Administración tributaria se encuentra facultada para continuar los procedimientos cobratorios o establecerlos contra los últimos socios oficialmente registrados, quienes se constituirán en responsables solidarios en el pago de este impuesto

<sup>19</sup> Ley 9699, art. 17.

<sup>20</sup> Ley N.º 9699, art. 22.



societario la figura de la disolución aparente. Dicha institución no se encuentra prevista en nuestro Código de Comercio de 1964. En doctrina, se entiende por esta:

*Por último, para evitar que esta responsabilidad pueda ser eludida mediante una disolución encubierta, aparente o por alguna modificación estructural, el legislador ha presumido que existe una disolución aparente cuando la sociedad continúe con su actividad y mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la nueva entidad<sup>21</sup>.*

La ley no regula de manera concreta el efecto que ocurriría, si ya iniciado el proceso penal, la sociedad mercantil incurre en alguna de las causales previstas en el artículo 201 del Código de Comercio. Es decir, se trata de una disolución real, no simulada o ficticia, por caer la sociedad en la causal normativa prevista (vencimiento del plazo, pérdida del cincuenta por ciento del capital, imposibilidad de realizar o consumación del objeto) en la ley. Es nuestro punto de vista que se debe abrir la fase de liquidación y, finalizado este estado o fase y llegados a la extinción, se eliminaría la personalidad jurídica y, por consiguiente, no la responsabilidad penal de la sociedad. Este tema será de resorte de los procesalistas penales.

## Bibliografía

Asamblea Legislativa. *Ley 9699: Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos*. 10 de junio de 2019. Sinalevi. Consultada el 14 de agosto de 2020 de: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=88954&nValor3=116544&strTipM=FN](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=88954&nValor3=116544&strTipM=FN)

Beltrán, Emilio. (1997). *Disolución de la sociedad anónima*. Madrid: Editorial Civitas, segunda edición, pp. 22-23.

Carrera, Carlos. (2012). Comentarios a la Ley de Personas Jurídicas. *Revista Judicial*. N.º 106. Dic.

OCDE (2016). *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*. Paris: Éditions OCDE. Consultado de: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>.

República Argentina. Ley N.º 27 401: *Disolución y liquidación de la personería*.

Sánchez, Fernando; Sánchez, Juan. (2019). *Principios de derecho mercantil*. Tomo I. Navarra: Thomson Reuters ARAZANDI, 24 edición.

Zunino, Jorge. (1987). *SOCIEDADES COMERCIALES. Disolución y liquidación. Causales y procedimiento*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Astrea, s.n.e.

21 SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *op cit*, p. 189.



# LA PRÓRROGA EXTRAORDINARIA EN LA MEDIDA CAUTELAR DEL ARRESTO DOMICILIARIO CON MONITOREO ELECTRÓNICO

M.Sc. Bárbara Soto Prats \*

Un juez que manda a una persona a la cárcel, sea por prisión preventiva o a descontar una pena, cuando sabe que esa cárcel se vive en condiciones denigrantes y contrarios a la dignidad humana, desde un punto de vista del derecho penal puro, se convierte en autor mediato del delito de tortura.

Eugenio Raúl Zaffaroni

## RESUMEN

*Este trabajo pretende demostrar que el arresto domiciliario con localización permanente tiene una prórroga extraordinaria, cuando se pretende extenderla por más de doce meses, y que el único tribunal competente para conocer de la prórroga es el tribunal de apelación de la sentencia penal. A través del análisis del principio de proporcionalidad y de la jurisprudencia actual, sobre todo la constitucional, se puede asegurar que hoy impera el criterio de que solo el tribunal de apelación de la sentencia penal es el competente para prorrogar el arresto domiciliario con localización permanente. Esto significa que lo equipara a la prisión preventiva, por tratarse de una interpretación a favor de la persona imputada, es decir, desde una posición garantista.*

**Palabras clave:** Arresto domiciliario, medida cautelar, prórroga extraordinaria, prisión preventiva, competencia, principio de proporcionalidad, garantismo.

## THE EXTRAORDINARY EXTENSION IN THE PRECAUTIONARY MEASURE OF DOMICILIARY ARREST WITH ELCTRONIC MONITORING

### ABSTRACT

*This work aims to demonstrate that house arrest with permanent location has an extraordinary extension, when it is intended to extend it for more than twelve months, and that the only court competent to hear the extension is the Court of Appeal for the Criminal Judgment. Through the analysis of the principle of proportionality and current jurisprudence, especially the constitutional one, it can be assured that today the criterion prevails that only the Court of Appeal of the Criminal Judgment is competent to extend house arrest with permanent location, which means that it equates it to preventive detention, this being an interpretation in favor of the accused, that is, from a guarantee position.*

**Keywords:** House arrest, caution, extraordinary extension, preventive prison, competition, principle of proportionality, guarantee.

Recibido 9 de julio

Aprobado 12 agosto 2020

\* Licenciada en Derecho con Énfasis en Ciencias Forenses por la Universidad de Costa Rica, Especialidad en Derecho Notarial y Registral por la Universidad Fidélitas, Magister en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, Doctoranda en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Ha sido docente en la Universidad Católica y la Universidad Fidélitas. Actualmente se desempeña como Jueza Penal en el Poder Judicial. barsopra@gmail.com

## I. INTRODUCCIÓN

El tema de las medidas cautelares en derecho procesal es uno de esos temas que no pasan de moda, más aún, es un tema que se renueva constantemente. No solamente esa renovación sucede porque sí, sino que es un deber de la legislación adecuarse a un mundo cambiante, en el cual también debe innovarse lo cautelar para ajustarse a una realidad social. ¿Por qué? Porque el derecho es una ciencia social, y su objeto, el ser humano, es cambiante y, aunque se dice que evoluciona, a veces yo creería que involuciona. Pero lo cierto es que, si el derecho no se adecúa a la realidad social, ¿cuál efectividad va a tener?

Una de las novedades de los últimos tiempos en materia cautelar en el proceso con pretensión penal y en materia de sanciones penales alternativas a prisión es el monitoreo electrónico, la vigilancia electrónica, dispositivo electrónico o, como se conoce comúnmente, la tobillera o brazaletes electrónico. Surgió como la pomada canaria: se esperaba tener vigilada todo el día a una persona para que no huyera de un lugar, para saber dónde estaba o del todo saber que no se iba a ir de donde se le dijo que no esté, o bien que esté en todo lado, pero saber que no va a llegar a ciertos lugares prohibidos.

Era la solución para “evolucionar” de la obsoleta y no tan funcional prisión -tanto desde el punto de vista como pena, como de medida cautelar- que demostró que no servía para las finalidades que se esperaba<sup>1</sup>, y optar por algo más tecnológico -por eso se le dice “electrónico”- y más “humano”.

Sin embargo, como todas las soluciones que se toman desde fuera de las fronteras costarricenses y se “tropicalizan” al país, sobre todo, al presupuesto nacional, algo pasó que no fue la gran solución que todos esperaban. ¿Ya por ello se le debe rechazar de plano y olvidar la loable intención de su aplicación: fungir como una medida cautelar alternativa? Considero que no. Desde luego, hay varios puntos que enmendar y un concepto completo de la medida en sí que corregir. Entre los varios aspectos que se deben de reconsiderar sobre el monitoreo electrónico, me enfocaré en las siguientes líneas en solo uno de los puntos que son necesarios de corregir: el plazo de vigencia de la medida cautelar de arresto domiciliario con localización permanente.

Urge realizar esta corrección, valga decirlo, pues la mencionada medida cautelar afecta gravemente la libertad personal de la persona a la cual se le impone y, por ello, no es un tema que pueda quedar para luego.

## II. DESDE EL INICIO: PROCESO Y GARANTISMO

Antes de iniciar con el tema de fondo, por cortesía para la persona lectora, se indica la corriente o pensamiento del que se parte y del que se toma criterio: desde el garantismo procesal. No ese garantismo “populista”, si se le puede denominar así, al cual todas las personas indican que siguen porque respetan los derechos fundamentales de las personas; pero que, en términos prácticos, nunca lo practican, ni tampoco el garantismo que

<sup>1</sup> Como lo señala el garantista penal italiano Luigi Ferrajoli: “[...] la superación de la reclusión carcelaria o cuanto menos de su rol de pena principal [...] una política liberal debería hoy tener el coraje de dar un salto de civilización, asumir como prospectiva de largo término la progresiva superación de la cárcel y, mientras tanto, despojar la reclusión de su actual rol de pena principal y paradigmática, limitando drásticamente la duración y reservándola sólo a las ofensas más graves a los derechos fundamentales (como la vida y la integridad personal), los cuales justifican la privación de libertad personal la cual es, también, un derecho fundamental constitucionalmente garantizado”. Ferrajoli, L. (2016). *Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional*. En “Crítica penal y poder”, n.º 11. Observatorio del sistema penal y los derechos humanos, Universidad de Barcelona.

confunde mucho como de impunidad, de defensa de la persona imputada y olvido de la víctima<sup>2</sup>.

¿Qué es el proceso para el garantismo procesal? La constitución de un país introduce la forma de organización de la sociedad a la cual ordena. Así, se organiza desde los derechos fundamentales de cada persona, hasta todo el aparato estatal, incluido la relación de los ciudadanos con el Estado. También y, muy importante, al darle poder al Estado, le introduce sus limitaciones, sobre todo a favor de la protección de la ciudadanía frente a ese poder. El derecho que tienen todas las personas ciudadanas al proceso es prueba esencial de los límites que tiene el poder. Así, resulta obvio, en este momento de la historia, que nadie puede ser condenado sin un juicio previo.

La garantía al proceso se introduce desde la Constitución y las convenciones, y se debe respetar siempre. El proceso se trata de una de las llamadas garantías individuales que favorecen a todo ser humano. Es decir, “[...] hay una invariación que ha sido revestida del más alto rango en la escala de los valores normativos”<sup>3</sup>. Estas garantías no son consustanciales a cualquier organización, ni su mero reconocimiento e implantación se presentan siempre en cualquier regulación de cualquier país. Se ubica el proceso como una garantía individual, por ello, siempre en determinado momento histórico, como lo fueron la Carta Magna inglesa, la Constitución norteamericana o la Revolución Francesa.

El doctor Adolfo Alvarado Velloso explica que, en el plano de la realidad de la vida, el ser humano no está solo, se encuentra acompañado: el ser humano vive en sociedad, convive con los demás. En este sentido, debe aprender a relacionarse con los demás. Pero esta relación es complicada, sobre todo cuando los recursos necesarios son limitados por el ser humano.

Cuando dos o más personas quieren al mismo tiempo el mismo recurso surge el conflicto intersubjetivo de intereses. Este conflicto se debe solucionar lo antes posible, pues de otra manera, la cohesión del grupo social se perdería en un tiempo y lugar dados, la paz social acabaría, y el futuro del ser humano no sería nada seguro<sup>4</sup>.

El proceso tiene el conflicto como uno de los elementos principales. No hay proceso, si no hay conflicto. El conflicto sucede cuando un sujeto quiere un recurso, y otro sujeto lo quiere en el mismo momento, por lo que hay un choque entre lo que uno pretende y la resistencia que el otro opone. En ese caso, surge el conflicto antagónico de pretensiones que puede terminar por la autocomposición, o por la heterocomposición que es lo que se denomina conflicto intersubjetivo de intereses. Hay conflictos que se resuelven sin procesos, pero no hay proceso que ocurra sin un conflicto.

Por lo tanto, Alvarado Velloso define al proceso como “[...] un método de debate dialéctico, pacífico y civilizado, en que dos partes contrapuestas discuten en perfecta igualdad, ante

2 La corriente antagónica del garantismo procesal se denomina activismo judicial o solidarismo. El activismo expone como propósitos del proceso judicial y, de todo el sistema judicial, la búsqueda de la verdad, el perseguir la justicia. Es decir, para esta forma de pensar, el proceso se creó para servirles de herramienta a los jueces de impartir justicia, así después de todo el procedimiento, se podría llegar a la verdad que sería explicada y dispuesta en la sentencia. A modo de ejemplo, entre los exponentes del activismo judicial, se puede citar a: Jorge W. Peyrano, Adolfo Gelsi Bidart, Augusto Morello, Pablo Luis Manili, Osvaldo Gozaini, Franco Cipriani, entre otros.

3 BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Reflexiones sobre las llamadas garantías individuales*. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/>, obtenido el 27 de enero de 2015.

4 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. (2013). *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial. ¿Qué es el garantismo procesal?* Rosario, Argentina: Ediciones AVI S.R.L., pp. 17 y 18.

un tercero imparcial, imparcial e independiente, para arribar así a una solución heterocompositiva de la disputa”<sup>5</sup>.

En cuanto al garantismo procesal, lo que pretende es: “[...] el irrestricto respeto de la Constitución y de los Pactos internacionales que se encuentran en su mismo rango jurídico”<sup>6</sup>.

El garantismo procesal busca, entonces, que la jueza y el juez tengan el rol que la Constitución y las convenciones internacionales vinculantes les otorgan, ni más ni menos. Por ello, durante la tramitación del proceso:

*[...] el juez es y debe ser, para el garantismo, un sujeto pasivo, cuyas únicas tareas deben ser la de conectar a las instancias (vale decir, correr traslados), librar oficios, emitir meras providencias (decretos), resolver incidencias, y evitar y prevenir la inconducta procesal de las partes. Pero de ninguna manera debe adoptar, durante la etapa de procesar, un rol activo*<sup>7</sup>.

Es solo en el momento de resolver el conflicto en que el juez y la jueza dejan de ser un sujeto pasivo y se convierten en los protagonistas. En otras palabras, solo en el momento de sentenciar es cuando el juez y la jueza son los verdaderos y únicos protagonistas. Con esto no se pretende menospreciar a la jueza y al juez, por cuanto son una parte vital en el proceso, como cualquiera de las otras dos partes. Sin la persona juzgadora, no hay tercero imparcial que decida definitivamente el conflicto intersubjetivo de intereses y, por

lo tanto, este continuaría atentando contra la convivencia armónica, contra la paz. El proceso judicial es necesario en cualquier sociedad, pero debe hacerse con reglas preestablecidas que deben ser respetadas por las partes y también por la persona juzgadora.

La fundamentación racional del garantismo procesal busca, como es lógico, que el garantismo procesal utilice el concepto de razón reconstruido por las ciencias nuevas. Se trata de colocar a la razón como instrumento para la conquista humana del reino de la libertad<sup>8</sup>. El garantismo procesal busca racionalizar el proceso y, por ello, siempre tiende a la libertad del ser humano. El proceso judicial es la forma de mantener y hacer respetar esa libertad, garantía que tiene todo ser humano.

El garantismo procesal, por ende, acoge la corriente filosófica, política y de teoría del derecho que realza la aplicación de un proceso judicial tal y como se encuentra en la Constitución y en las convenciones. En palabras del Dr. Alvarado Velloso:

*Y es que el proceso judicial es la gran y máxima garantía que otorga la Constitución para la defensa de los derechos individuales desconocidos por cualquier persona – comenzando por el de la libertad- y, muy particularmente, por la propia autoridad, con la cual el individuo puede igualarse jurídicamente sólo en el proceso, ya que allí hay un tercero que le otorga un trato absolutamente igualitario desde su propia*

- 5 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. (1997). *Introducción al estudio del derecho procesal*. Primera Parte, reimpresión. Santa Fe, Argentina: Editorial Rubinzal- Culzoni, p. 45.
- 6 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. (2013). Op. cit., p. 95.
- 7 CANTEROS, Fermín. (2013). *Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal*. Rosario, Argentina: Ediciones AVI S.R.L., p. 15.
- 8 TULIÁN, Domingo Carlos. (2013). *Fundamentación racional del garantismo procesal*. Rosario, Argentina: Ediciones AVI S.R.L., pp. 58-59.

*imparcialidad. De ahí su nombre de garantista o libertaria (por oposición a la antagónica, claramente totalitaria)*<sup>9</sup>.

### III. PRINCIPIOS DEL PROCESO

El debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios, tal como lo expone el Dr. Alvarado Velloso<sup>10</sup> en sus múltiples obras al explicar qué se entiende por debido proceso. Además, alega este gran tratadista rosarino que, solo mediante el debido proceso, así tal como se ha explicado, puede operar el sistema acusatorio.

Entonces, para tener claro qué es el debido proceso y para poder confrontar cualquier procedimiento establecido legalmente al debido proceso, se deben entender qué son el proceso y sus principios, porque si se siguen estos dos conceptos en un procedimiento, se respetará el debido proceso en su aplicación.

La definición de proceso ya fue delimitada y discutida previamente, pero hay que detenerse en el análisis de los principios de un proceso.

Primero, aunque se hable indistintamente de principios procesales, sistemas procesales y reglas procesales, lo cierto es que estos conceptos son diferentes, y mezclarlos solo ha causado confusión y un mal uso de los términos.

Generalmente, en la doctrina se ha indicado que los principios procesales son “[...] las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento

pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico - política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado<sup>11</sup>.

Es por ello que existe una idea de alternatividad, es decir, le corresponde al legislador optar, según su criterio e ideología, por la solución al conflicto que considere oportuna y, con base en ello, construir la norma jurídica.

Por ejemplo, así como el legislador debe decidir si permite o no las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo, así debe elegir en materia procesal cuando decide cuestiones como ¿quién inicia e impulsa el proceso? Y la respuesta será la propia persona juzgadora o las partes.

Otro ejemplo sería, ¿qué medio de expresión se utilizará en el proceso? Y la respuesta está en que el proceso sea oral o escrito. O ¿cómo se decide el litigio? Y puede ser por medio del principio de congruencia, según lo pedido por las partes, o según absoluto criterio del juez, o si es necesario que la partes invoquen y prueben los derechos que amparan sus peticiones, mediante el principio *iura novit curiae*.

No obstante, en este sentido, hay un grave problema. Cada interrogante indicada, así como varias cuestiones más que el legislador debe decidir cuál alternativa tomar, se solucionan con algún “principio”. Pero este “principio” menciona las más diversas cosas y que inclusive no tienen nada que ver unas con las otras. Así no se comprende exactamente el tema de los principios procesales y menos se comprende lo que es el fenómeno del proceso.

9 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. (2013). Op. cit., pp. 96 y 97.

10 Sobre todo, tomado de: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. (2013). *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial. ¿Qué es el garantismo procesal?* Rosario, Argentina: Ediciones AVI S.R.L., p. 89.

11 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. (2010). *Colección temas procesal conflictivos: I. El debido proceso*. Lima, Perú: Editorial San Marcos E. I. R. L., pp. 233 y 234.

Como ya se ha adelantado *supra*, no se trata de que con la palabra principios se englobe un sinnúmero de cuestiones de diversa índole y naturaleza. Para ello cada término tiene su significado y se debe usar de esa manera para la mejor comprensión del tema procesal. Así, hay sistemas procesales que pueden ser sistema procesal acusatorio<sup>12</sup> o sistema procesal inquisitivo<sup>13</sup>.

También, hay reglas procesales que pueden dividirse en las reglas procesales o reglas técnicas del debate procesal y las reglas técnicas de la actividad de sentenciar. Las reglas técnicas son líneas directrices que se presentan siempre e invariablemente en forma binaria o como en pares antinómicos, como por ejemplo, las respuestas indicadas en las preguntas dadas *supra*, en las que siempre se admiten dos respuestas que el legislador debe decidir (oralidad o escritura, por ejemplo). Cuando el legislador opta por una de ellas, desplaza automáticamente a la otra, porque no pueden coexistir al ser excluyentes. Las reglas son de una importancia menor que los principios, los cuales se explicarán más adelante.

Las reglas técnicas del debate indican los lineamientos en que se va a dar el procedimiento (por ejemplo, la perentoriedad o no perentoriedad de los plazos, la concentración o la dispersión de los actos, la mediación o inmediatez del juez y

de la jueza con la prueba y con las partes, entre otros). Las reglas técnicas de la actividad de sentenciar también son binarias y se relacionan con distintos aspectos propios de la tarea de fallar el caso sometido a juzgamiento (por ejemplo, calidad y número de juzgadores, cantidad de grados de conocimiento, evaluación de los medios de confirmación, correspondencia entre lo pretendido y lo acordado en el juzgamiento y aplicación de la norma jurídica que rige el caso justiciable)<sup>14</sup>.

Ahora bien, los principios procesales son el punto de partida de un proceso. Como se ha indicado, el proceso es un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad ante un tercero que heterocompondrá el litigio, por lo que formular los principios necesarios para lograrlo implica trazar líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema. Además, tienen carácter unitario y, sin su presencia efectiva, no puede hablarse seriamente de proceso<sup>15</sup>.

Según el criterio del Dr. Alvarado Velloso, el cual se comparte y, por ello, se reproduce en esta obra, el proceso tiene solo cinco principios: la igualdad de las partes, la imparcialidad del juzgador, la transitoriedad del proceso, la eficacia de la serie

12 Un proceso se enlaza en el sistema dispositivo cuando las partes son dueñas absolutas del impulso procesal (por tanto, ellas son quienes deciden cuando activar o paralizar la marcha del proceso), y son los que fijan los términos exactos del litigio a resolver, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, las que pueden ponerle fin en la oportunidad y por los medios que deseen. Obtenido de: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del derecho procesal*. (1998). Primera Parte. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 62-64.

13 Su principal característica es que se trata de un “proceso” en el que el impulso procesal lo tiene solamente el juez (impulso de oficio). Ello porque se inicia el proceso con una acusación o de oficio, el acusado no sabe desde el comienzo quién y por qué se lo acusa, el acusado puede no saber quién es el juez, el proceso es secreto (lo que posibilita el tormento o tortura). Obtenido de: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. (1998). *Introducción al Estudio del derecho procesal*. Primera parte. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, pp. 64-66.

14 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. (2010). *Colección temas procesal conflictivos: I. El debido proceso*. Lima, Perú: Editorial San Marcos E. I. R. L., pp. 249-275.

15 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. (1989). *Introducción al estudio del derecho procesal*. Santa Fe, Argentina: Editorial Rubinzal- Culzoni, t. 1, pp. 259-266.



procedimental y la moralidad en el debate. Para este aporte investigativo, únicamente se enfocará en el principio procesal de la transitoriedad<sup>16</sup>.

#### IV. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CON PRETENSIÓN PENAL

Como se refirió en el apartado anterior, uno de los principios procesales es la transitoriedad del proceso; es decir, todo proceso no es un fin en sí mismo, sino un método que debe utilizarse para llegar a solucionar el conflicto, pero el fin que se busca es la sentencia y que termine el proceso en algún momento y que no se pueda reabrir más.

*[...] nadie puede dudar que el proceso es un remedio para solucionar los conflictos que ponen en peligro la convivencia armónica de quienes integran una sociedad. Pero ello no significa que constituya un bien en sí mismo: cuando alguien está afiebrado se sabe que la temperatura bajará ingiriendo aspirina en la dosis necesaria que, de ser excedida, puede ocasionar nueva enfermedad. Lo mismo sucede en el proceso: su duración como medio de debate debe estar adecuadamente equilibrada para lograr que actúe como remedio sin ocasionar nuevo conflicto. De ahí que todo proceso deba ser necesariamente transitorio, significando ello que alguna vez ha de terminar sin posibilidad de reabrir la discusión<sup>17</sup>.*

En otras palabras, un proceso siempre implica tiempo, no es algo inmediato, lo cual en ocasiones,

no es bien recibido por personas que pretenden todo de forma expedita, lo cual no es compatible con la idea de proceso. Sin embargo, el hecho de que todo proceso requiere de tiempo, este no deber ser prolongado a tal punto que surja otro conflicto por la ineficiencia del proceso. Por ello, el proceso es transitorio, debe terminar en algún momento y de forma definitiva.

Ahora bien, como el tiempo es algo propio del proceso judicial, surge la necesidad de garantizar o resguardar los derechos de las partes durante el proceso, para que no se pierdan por el transcurrir del tiempo, y esto causaría un nuevo conflicto, además del que no se pudo solucionar desde el inicio. Con base en esto, se creó la figura de las medidas cautelares, aquellas “[...] encaminadas al aseguramiento de juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte”<sup>18</sup>. Son mecanismos, institutos que permiten realizar las etapas procesales, buscando la eficacia de la eventual sentencia dictada.

En el proceso penal, existen medidas cautelares que son personales y las que son reales; las primeras son soportadas por el mismo imputado, y las segundas pesan sobre bienes o derechos reales.

Lógicamente, dentro del derecho proceso penal, las medidas cautelares son siempre un tema debatible, por cuanto todas coartan un derecho fundamental de las personas imputadas: su libertad individual. El doctor Javier Llobet señala al respecto:

*Los derechos fundamentales garantizados en la Constitución Política no son derechos irrestrictos, admitiéndose limitaciones*

16 Para conocer más a fondo de los otros principios procesales, se puede leer SOTO PRATS, Bárbara Eva. (2017). *Análisis del procedimiento expedito para los delitos en flagrancia en Costa Rica: confrontación con el debido proceso, según el garantismo procesal*. Tesis de maestría en derecho procesal. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Argentina.

17 ALVARADO VELLOSO, Adolfo, 2013, op. cit., pp. 261.

18 GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. (1987). *Derecho procesal penal*. Madrid: Nueva tirada puesta al día, p. 206. Ver en igual sentido PELÁEZ SANZ, Francisco y BERNAL NETO, Juan Miguel. (Abril de 1999). *Las medidas cautelares en el proceso penal*. En [http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/199904-eaj36\\_07.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/199904-eaj36_07.html)

*a los mismos. De gran relevancia en lo relativo a la intervención estatal en los derechos fundamentales de la persona, es lo establecido en la legislación procesal penal. Por ello es que gran parte de las normas constitucionales están destinadas a regular aspectos relacionados con el proceso penal. [...] Dichas intervenciones estatales en los derechos fundamentales, que se realiza en forma legítima dentro del proceso penal, son lo que un sector de la doctrina ha denominado medidas de coerción, dándole énfasis al ejercicio de la fuerza estatal para llevarlas a cabo aun en contra de la voluntad del que debe ser sometido a ellas, y otro sector le da el nombre de medidas cautelares, denominación utilizada por el código, resaltando aquí la finalidad de cautela que tienen, de modo que no persiguen un fin en sí mismas, sino son un medio para lograr otros fines: los del proceso<sup>19</sup>.*

En la cita previa, Javier Llobet estableció dos pautas importantes sobre las medidas cautelares: primero, siempre son actos del Estado que intervienen en los derechos fundamentales de las personas; segundo, siempre son actos dirigidos a fines procesales. Estos dos puntos deben considerarse y tenerse presentes siempre que se discuta de una medida cautelar en el proceso penal y, sin ellas, podría considerarse que el dictado de una medida cautelar es falaz, arbitrario o falto de fundamentación.

Por más leve que se considere una medida cautelar, por ejemplo, solo firmar cada mes

en alguna autoridad judicial implica una intervención estatal al ámbito de la libertad individual de la persona imputada y, por ello, es necesario analizar si procede esa medida o no, o si la persona imputada podría continuar el proceso sin medida cautelar alguna.

También establecer que la finalidad del proceso se consigue mediante una medida cautelar desnaturalizaría lo que son las medidas cautelares. Estas son instrumentales por excelencia, apegadas a una pretensión principal que solo se imponen para resguardar o garantizar que el proceso llegue a su final, siempre de acuerdo con el principio de transitoriedad del proceso.

Las medidas cautelares, además, son provisionales. Por ello no representan un fin en sí mismas. De ninguna manera se les puede confundir como un adelanto de la pretensión, una sentencia anticipada o una *medida autosatisfactiva*<sup>20</sup>. Asimismo, las medidas solo pueden ser impuestas cuando legalmente exista un asidero para hacerlo, y esta norma legal deberá interpretarse restrictivamente, por cuanto se trata de disposiciones legales que coartan la libertad personal. Estas exigencias legales se indican en el artículo 10 del Código Procesal Penal, el cual textualmente indica lo siguiente:

Artículo 10.- Medidas cautelares. Las medidas cautelares sólo podrán ser establecidas por ley. Tendrán carácter excepcional y su aplicación, en relación con el imputado, debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar

19 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. (2017). *Procesal penal comentado (Código Procesal Penal comentado)*. 6<sup>a</sup> edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 383.

20 Inicialmente Morello utiliza la expresión de proceso preliminar preventivo con el propósito de identificar una herramienta que traspasa la órbita de las medidas cautelares, con autonomía, que se agota en sí misma y tiene fuerza vinculante mediante una sentencia que evita un posterior proceso contencioso porque la satisfacción preventiva se agota ya con lo actuado dentro de ese tipo de proceso (AUGUSTO MORELLO, Gabriel Stiglitz. (1986). *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*. La Plata, Argentina: Editorial Platense. También, al respecto, léase PEYRANO, Jorge. (1997). *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactorias. El derecho procesal en el umbral del tercer milenio*. Tomo 1. Argentina: Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes.

a imponerse.” Al respecto de este artículo, se ha comentado lo siguiente: “Las medidas cautelares se caracterizan por su carácter provisional. Además, porque su función tiene un carácter preventivo en relación con el cumplimiento de los fines del proceso. [...] El carácter excepcional de las medidas cautelares implica que siempre debe buscarse la medida que suponga una menor restricción posible al derecho fundamental respectivo<sup>21</sup>.”

De conformidad con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los fines del proceso son dos: el peligro de fuga y el peligro de obstaculización de conformidad con el artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención):

*Artículo 7. Derecho a la libertad personal.  
5.- Toda personas detenida o retenida deber ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*

Estos dos son los únicos peligros procesales que la Corte ha admitido como acordes a la Convención, y que todo país que haya ratificado la Convención debe seguir, pues es su obligación como Estado parte.

Dicha interpretación es restrictiva, pero es acorde con la naturaleza de las medidas cautelares que son precautorias, instrumentales, provisionales y excepcionales, como ya se indicó. Una medida cautelar no es, ni debe ser, una pena anticipada, y su fundamentación, por ende, no puede ser la

misma. Mientras la pena tiene diversos fines, como de prevención general y prevención especial, en sus vertientes negativas y positivas, la medida cautelar tiene dos fines, netamente procesales: evitar la fuga de la persona encartada (es decir, hacer que comparezca al juicio, hasta el final del proceso y asegurar que una eventual ejecución de la pena sea posible porque la persona imputada está localizable) y evitar que la persona imputada obstaculice o realice algún acto que afecte la investigación y continuación del proceso.

Ningún fin debe fundamentar la imposición de una medida cautelar. Por ejemplo, indicar que si la persona imputada queda en libertad continuará su actividad delictiva, y el Estado tiene la obligación de detener eso es un perfecto fundamento para la pena, no para una medida cautelar, pues con ese razonamiento se está tomando a la persona imputada como ya condenada, no una persona imputada que aún la protege la presunción de inocencia, y que el Estado debe sancionar los delitos y evitar que estos se continúen. Ninguna de esas finalidades es procesal, y no se puede fundamentar la medida precautoria en dicha argumentación.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que:

*84. [...] se deben desechar todos los esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que se cometa nuevos delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado, sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propias de la respuesta punitiva. [...] Este principio impide aplicar una*

21 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. (2017), op. cit., p. 60.

*consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal*<sup>22</sup>.

También, existe jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se refiere al tema de los peligros procesales. Se pueden consultar al respecto el punto 77 del caso Suárez Rosero vs. Ecuador (sentencia del 12 de noviembre de 1997); el punto 111 del caso Acosta Calderón vs. Ecuador (sentencia del 24 de junio de 2005); el punto 198 del caso Palamara Iribarne vs. Chile (sentencia del 22 de noviembre de 2005); el punto 69 del caso López Álvarez vs. Honduras (sentencia del 1 de febrero del 2006), entre muchos otros.

No obstante, Costa Rica ha realizado una serie de reformas procesales para aumentar las “causales para el dictado de la prisión preventiva”. Estas reformas respondieron a un sentimiento de inseguridad ciudadana, pero no de una fundamentación concienzuda, estudiada y, sobre todo, correcta. Dentro de estas causales, se encuentran las siguientes: continuidad delictiva, flagrancia, reiteración delictiva, habitualidad delictiva, crimen organizado y el peligro a la víctima.

Sin ahondar más en este tema, que no es el eje central del presente artículo, a pesar de que no es en absoluto un tema pacífico, solamente se indicará que no se está de acuerdo con lo que se ha denominado “derecho de cautela”. Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico costarricense:

*[...] son proyectadas como la solución al problema de la criminalidad y son asumidas por la ciudadanía como verdaderas penas,*

*pasando a ser los imputados culpables ante la palestra de la opinión pública, por el solo hecho de aparecer en el titular de un diario de circulación nacional o en el noticiero vespertino. Lo que ha sido llamado como un “derecho de cautela” va haciendo metástasis en todo el ordenamiento jurídico, significando, en efecto, un desprecio por la cuestión jurídica de fondo, desprovisto de cualquier base teórica y sustentado en exclusivas razones eficientistas*<sup>23</sup>.

Actualmente, inclusive, si un juez o una jueza no impone la prisión preventiva en un caso “sonado en los medios de comunicación”, se expone a que se le trate como una persona cómplice más o una corrupta, por dejar en impunidad los delitos en el país. Es una falacia de magnitudes desproporcionadas, pues se reitera que imponer una medida cautelar o no, como la prisión preventiva, no obedece a razones de culpabilidad y fines de la pena, sino a peligros procesales que, si no existen, no debe procederse al dictado de medida cautelar alguna por más leve que esta sea. Esto no quiere decir que esa persona imputada pueda eventualmente ser condenada, sin nunca haber soportado una medida cautelar dentro de dicho proceso.

## V. EL MONITOREO ELECTRÓNICO COMO UNA MEDIDA CAUTELAR

Sin lugar a duda, en el proceso con pretensión penal, la medida cautelar personal por excelencia o la más debatida a nivel doctrinal y jurisprudencial es la prisión preventiva. Sobre todo, en Latinoamérica, estudios han revelado el gran uso, por no decir abuso, de esta medida cautelar, del cual en diversos países de la región llegan a contabilizar mayores poblaciones privadas de

22 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe n.º 35-07. Caso Peirano Basso vs. Uruguay.

23 MORA SÁNCHEZ, Jeffry José. (2015). *Prisión preventiva y control de convencionalidad*. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, pp. 32 y 33.

libertad como indiciados que como sentenciados; por ejemplo, en el caso de Argentina, Bolivia y Uruguay<sup>24</sup>. A todas luces, eso llama la atención que se hace un uso extensivo de la medida cautelar que se debería utilizar lo más excepcionalmente posible, solo en casos extremos demostrando su idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Los artículos 238 y 239 del Código Procesal Penal establecen la procedencia de la prisión preventiva como una medida cautelar, la más gravosa establecida por el ordenamiento jurídico costarricense en materia procesal penal.

Al respecto, los ordenamientos jurídicos también desarrollan otras medidas cautelares para paliar los peligros procesales. Cuando los peligros procesales o alguno de ellos es demostrado como existente dentro de una causa penal; pero existe la posibilidad de que, mediante otro tipo de medidas coercitivas, se pueda evitar que el peligro se concrete, y que la persona imputada se sustraiga del proceso u obstaculice la investigación, es menester para la persona juzgadora considerarla como oportuna, más útil a los fines procesales y, evidentemente, menos perjudicial para la persona imputada, quien es inocente hasta que exista condena firme en su contra.

En otras palabras, hay medidas cautelares que están dispuestas por el mismo legislador en la normativa procesal penal, y que podrían resultar más acordes al principio de proporcionalidad, concretamente pueden ser más idóneas que la medida cautelar más gravosa: la prisión preventiva.

En cuanto al principio de proporcionalidad, en sentido amplio, el cual ya se ha citado un par

de veces en este artículo, el próximo acápite se referirá sobre este, pues precisamente es acerca de este punto que se quiere redundar para confirmar la idea que se presenta en este breve artículo.

En el artículo 244 del Código Procesal Penal, el ordenamiento jurídico costarricense establece las medidas cautelares que se han conocido como:

*medidas cautelares menos gravosas”, por cuanto no se trata de la prisión preventiva. Este artículo indica, al inicio, que las “presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponer en su lugar, en resolución motivada, alguna de las alternativas siguientes [...].*

Es claro que el dictado de cualquier medida cautelar, ya sea la más gravosa o las menos gravosas, requiere de los mismos presupuestos materiales: a) elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él; b) que exista la presunción razonable de un peligro procesal (indicado ya que solo debería admitirse el del peligro de fuga o el peligro de obstaculización); c) que el delito perseguido sea reprimido con pena privativa de libertad (respeto al principio de proporcionalidad).

No obstante, cuando se valora que hay medidas cautelares menos gravosas que bien pueden surtir el mismo efecto que la prisión preventiva que es, o debería ser, la contención de la persona imputada

24 Al respecto, para diciembre del 2015, Bolivia tenía un 85% de su población privada de libertad que estaban sin condenada, es decir, 85 de cada 100 personas en prisión estaban sin recibir sentencia. De hecho, Bolivia es el segundo país del orbe con mayores niveles de detención preventiva, superado solamente por Libia, donde solo el 10% de los presos había sido condenado. (CHAPARRO HERNÁNDEZ, Sergio y PÉREZ CORREA, Catalina. (2017). *Sobredosis carcelaria y políticas de drogas en América Latina*. Bogotá, Colombia: Editorial Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, pp. 25-26).

al proceso (evitar la fuga) o la evitación de la destrucción o de alguna manera obstaculización de la investigación, debe optarse siempre por las menos gravosas. Se trata de aplicar el principio de idoneidad, por cuanto existen medidas que van a palear el peligro, sobre todo su libertad personal. Estas medidas “menos gravosas” deben preferirse siempre.

Se debe recordar que la persona imputada es inocente hasta que se demuestre lo contrario en sentencia firme. Por ello, previo a esto, no se le puede tratar como a una persona delincuente o fundamentar la prisión preventiva como un adelanto de la pena. Así, a pesar de que, en casos se pueda indicar o considerar que resulta “muy probable”, casi que “obvio” la condenatoria a prisión por los hechos investigados, lo cierto es que una medida cautelar no es y nunca debe ser una pena anticipada, por cuanto hace falta que transcurra todo el proceso, derecho fundamental del justiciable.

Dentro de la gama de medidas cautelares, se encuentran las siguientes: firmar periódicamente ante una autoridad judicial, la obligación de someterse al cuido y vigilancia de una institución determinada, el impedimento de salida del país, prohibición de concurrir a determinado lugar o acercarse a determinadas personas, la salida del domicilio y prohibición de convivencia con personas, la prestación de una caución adecuada (juratoria o real), la suspensión del ejercicio del cargo en delitos funcionales, la inhabilitación, el arresto domiciliario y la localización permanente.

El artículo 245 del Código Procesal Penal establece que estas medidas no son excluyentes

entre sí. Se puede dictar únicamente una de ellas o varias, siempre y cuando no se esté obligando a lo imposible a la persona imputada, además de que las medidas no deben desnaturalizar la finalidad procesal. Se tratan, al fin y al cabo, de medidas cautelares, es decir, tienen la característica de instrumentalidad, excepcionalidad y provisionalidad.

En el 2014, la última reforma que ha sufrido el artículo 244 del Código Procesal Penal es la introducción de la medida cautelar de la localización permanente con mecanismo electrónico. Esta reforma se dio a través del artículo 5 de la Ley de Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en Materia Penal (Ley N.º 9271), el cual adiciona el inciso j) al artículo 244 del Código Procesal Penal. Esta ley puso a disposición una medida alternativa del cumplimiento de la privación de libertad, tanto para las personas que son indiciadas (cumplen una medida cautelar) o las personas que son sentenciadas (cumplimiento de una pena)<sup>25</sup>.

Esto daba una solución, una alternativa a la prisión para que esta no fuera la regla sino la excepción, sobre todo por la aceptación de que las cárceles en Costa Rica no estaban dando el resultado esperado, esto con base en datos ofrecidos por el Ministerio de Justicia y Paz<sup>26</sup> que señalan que, para el 2019, el nivel institucional (prisión) cerró con una población de 16 731 personas, de los cuales 4 929 volvieron a reincidir (comisión de un nuevo delito), lo que representa un 29.5% de reincidencia.

Ahora bien, en la modalidad de mecanismo electrónico (tobillera electrónica), los parámetros

25 Los mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal están regulados en la Ley N.º 9271, y también se creó un reglamento específico para esta ley. No obstante, en enero del 2018, el reglamento quedó derogado, y fue sustituido por el Título XIII del Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional, N.º 40849-JP, que se titula “Monitoreo con mecanismo electrónicos”, a partir del artículo 415 y siguientes de dicho reglamento.

26 Fuente: Unidad de Investigación y Estadística del Instituto Nacional de Criminología. Dirección General de Adaptación Social. Ministerio de Justicia y Paz, en fecha 11 de junio de 2020.

de medición de la reincidencia (comisión de nuevo delito) son complejos de establecer, por cuanto la revocatoria del monitoreo electrónico a nivel institucional no siempre se da por la comisión de nuevo delito, sino también por el incumplimiento de las condiciones dictadas por el juez o la jueza como salirse del perímetro permitido, ingresar a la zona de exclusión, portar el dispositivo descargado, arrancarse el dispositivo, entre otras.

Aun así, el Ministerio de Justicia y Paz indicó los datos de las personas que han sido trasladados al nivel institucional, los cuales son los siguientes:

### Cálculo

Cálculo	2017	2018	2019	2020	TOTAL
Personas que han ingresado a mecanismos	608	960	1 150	262	2 980
Traslados al institucional	32	133	312	63	540
Tasa de traslado al institucional	5,26	8,48	1,48	2,11	18,12

Es importante destacar, de nuevo, que tales datos contemplan tanto a reincidentes, como cualquier otra revocatoria de la medida de la tobillera

electrónica por parte del juez o de la jueza y que haya implicado el traslado de la persona al nivel institucional. Es decir, la reincidencia (comisión de nuevo delito) es menor al dato indicado. Llama la atención que, aun así, la tasa de traslado al nivel institucional, a pesar de la salvedad indicada, por ejemplo, para el año 2019 que es el año comparativo, es tres veces menor que la reincidencia en el nivel institucional<sup>27</sup>.

Igualmente, uno de los objetos de la ley era reducir la población penitenciaria del nivel institucional – es decir, se encuentran en prisión, incluida la indiciaria- que también era sumamente alta<sup>28</sup>, optando por dejar en libertad a las personas imputadas, pero con un dispositivo que indicara las veinticuatro horas del día y siete días a la semana donde se encontraba y en qué horario.

Como sucede con ciertas reformas procesales, esta ley reformó el Código Procesal Penal y le dio una alternativa a la población para que, en tema cautelar, la prisión no fuera la única alternativa de una vigilancia continua y diaria. Se trató de una opción más para el operador del derecho, opción que no significaba solo prisión y siempre prisión, sino otra alternativa que le permitiera mayor libertad a la persona imputada. Inclusive podría continuar con un trabajo, en su casa, con su familia, sin que se concretara el peligro de fuga o/y el peligro de

27 Se han dado datos erróneos en cuanto a la reincidencia o comisión de nuevos delitos de las personas monitoreadas a través de la tobillera electrónica, por ejemplo, a finales del 2019, el Organismo de Investigación Judicial indicó que la tasa de reincidencia de las personas con tobilleras electrónicas era de un 20.5%, sin embargo, posteriormente aclararon que ellos se referían a los monitoreados que tenían “pasadas policiales”, y que no eran del 2019, sino que iban del 27 de febrero del 2017 al 18 de julio del 2019. De hecho, ante dichos datos, el Ministerio de Justicia y Paz indicó que según sus parámetros, la tasa de reincidencia, entendida como personas de culpabilidad demostrada por cometer nuevos delitos, era del 2.1%, que contemplaba los primeros 8 meses del año 2019, es decir, 10 veces menor a los dados por el OIJ. (Salazar, Daniel. *Reincidencia entre reos con tobilleras electrónicas no es del 20,5%*. Consultado el 11 de junio de 2020, en la página: <https://doblecheck.cr/reincidencia-entre-reos-con-tobilleras-electronicas-no-es-del-205/>)

28 En Latinoamérica, a partir de la segunda mitad de los años noventa, la tasa de encarcelamiento inició una carrera de ascenso que continúa hasta el día de hoy. En Costa Rica, la tasa de encarcelamiento se incrementó en un 334% desde 1972. Si bien en otros países de Latinoamérica el porcentaje de los indiciados versus condenados en prisión es de hasta 85 de cada 100 personas en prisión preventiva (Bolivia), igualmente, Costa Rica tiene un alto porcentaje de población indiciaria, es decir, sin condena, alrededor del 20% de la población penitenciaria. Fuente: Coyle, A., Fair, H., Jacobson, J. y Walmsley, R. (2016). *Imprisonment worldwide. The current situation and an alternative future*. Estados Unidos: Bristol, Policy Press, p. 25.

obstaculización que fundamentó la imposición de la medida cautelar en el caso concreto. Sin embargo, no ha resultado ser la solución a todos los problemas y, a veces, se ha considerado ser otro foco de problemas. Uno de ellos es el que se va a exponer en el siguiente acápite.

## VI. EL ARRESTO DOMICILIARIO CON LOCALIZACIÓN PERMANENTE

Aunque parece sorprendente, las primeras referencias en la historia del arresto domiciliario con vigilancia se originaron desde hace aproximadamente dos mil años. En el Imperio romano, cuenta *la Biblia*, “al apóstol Pablo se le permitió que, mientras se le fijaba fecha para su juicio ante el emperador romano -al perder competencia de conocer la acusación el Sanedrín y el procurador Félix por misma solicitud de Pablo, quien apeló al César<sup>29</sup>- alquilar una casa particular con el soldado que le custodiaba”<sup>30</sup>.

En el “epílogo” del libro *Hechos de los apóstoles*, en *la Biblia*, en el versículo 30, se indica que “Pablo permaneció dos años enteros en una casa que había alquilado, siempre custodiado por un soldado. Después, a Pablo se lo juzga bajo el gobierno de Nerón, igual que al apóstol Pedro, y termina siendo torturado y decapitado”<sup>31</sup>.

El gran Imperio romano, a la vanguardia en el derecho, tenía entonces desde muchos años atrás, como medida cautelar, el arresto domiciliario. Inclusive, Pablo fue encarcelado en una especie de prisión preventiva, y luego le cambiaron la medida cautelar por el arresto domiciliario. Es decir, las medidas cautelares, en específico, la medida del arresto domiciliario no es algo novedoso. Tampoco lo es ponerle vigilancia a quien se le impuso esta medida. Claro está, antes un soldado hacía la vigilancia, actualmente, la Policía administrativa la realiza.

Con el avance tecnológico de esta era, resultó lógico que también se aprovechara de este para la mejora de la vigilancia que exigía el arresto domiciliario, específicamente para hacerla más efectiva. Así, se ha evolucionado a lo que hoy se conoce como el mecanismo de vigilancia electrónica, el cual ha permitido reducir el recurso humano implementado, al encontrarse los policías en un centro de monitoreo electrónico y no en cada domicilio vigilado, por lo que se requiere menos personal policial utilizado en estas vigilancias, y el desplazamiento al sitio se realiza en determinados y justificados casos. Esto representa un costo significativamente menor para el sistema penitenciario, en contraste a una persona que se encuentra en prisión preventiva<sup>32</sup>.

29 Capítulo 23:1-11, 23-24, capítulo 25: 6-12, ambos del libro de los *Hechos de los apóstoles*, *la Biblia*.

30 Versículo 16, capítulo 28, libro de los *Hechos de los apóstoles*, *la Biblia*.

31 Cesárea, Eusebio. *Historia Eclesiástica Libro II, Capítulo 25*. Página web: <https://www.newadvent.org/fathers/250102.htm>, consultado el 9 de junio del 2020.

32 Desde el lunes 25 de mayo de 2020, en Costa Rica, cada día de una persona monitoreada con tobillera electrónica tiene un costo de USD \$12,3, alrededor de seis mil novecientos colones. Fuente: Periódico *La Nación*: Justicia contrata empresa por ofrecer tobilleras más baratas pero con “mejor tecnología”, de fecha 22 de mayo de 2020. Consultado en: <https://www.nacion.com/sucesos/judiciales/justicia-contrata-empresa-por-ofrecer-tobilleras/4VIUUDWZU5BT3AA5GAWJWMXCVY/story/>, el 9 de junio de 2020. El costo de cada día de una persona privada de libertad en Costa Rica es de alrededor de \$50, casi veintiocho mil colones diarios por persona, calculando que la población penitenciaria institucionalizada es de más de dieciséis mil personas, lo que representa un rubro importante de gasto del país. Fuente: Periódico *La Prensa Libre*. CR: *Mantener 13.011 reos le cuesta al país \$363 millones diarios*. Consultado en: <http://www.laprensalibre.cr/Noticias/detalle/88280/mantener-13011-reos-le-cuesta-al-pais-%C2%A2363-millones-diarios>, el día 9 de junio del 2020.



En Costa Rica, el mecanismo electrónico de seguimiento en materia penal se utiliza tanto como para medida cautelar –principal o complemento de otra medida– como de pena,

sea principal (artículo 57 bis del Código Penal)<sup>33</sup> o sustitutiva de prisión en sede de ejecución de la pena (artículo 486 bis del Código Procesal Penal)<sup>34</sup>.

### 33 Arresto domiciliario con monitoreo electrónico

**Artículo 57 bis.**–El arresto domiciliario con monitoreo electrónico es una sanción penal en sustitución de la prisión y tendrá la finalidad de promover la reinserción social de la persona sentenciada con base en las condiciones personales y sociales reguladas para la fijación de la pena. Para facilitar la reinserción social de la persona sentenciada, las autoridades de ejecución de la pena promoverán la educación virtual a distancia mediante el uso del Internet.

Al dictar sentencia, el juez tendrá la facultad de aplicarla, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

- 1) Que la pena impuesta no supere los seis años de prisión.
- 2) Que no sea por delitos tramitados bajo el procedimiento especial de crimen organizado, según el artículo 2 de la Ley N.º 8754, Ley contra la Delincuencia Organizada, de 22 de julio de 2009, ni delitos sexuales contra menores de edad, ni en delitos en que se hayan utilizado armas de fuego.
- 3) Que se trate de un delincuente primario.
- 4) Que de acuerdo con las circunstancias personales del condenado se desprenda razonablemente que no constituya un peligro y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

En este caso, a las veinticuatro horas de la firmeza de la sentencia la persona condenada deberá presentarse a la oficina que al efecto defina la Dirección General de Adaptación Social, la que valorará su caso y determinará su ubicación dentro del programa, sus obligaciones, su control y atención técnica de cumplimiento.

El juez competente podrá autorizar salidas restringidas por razones laborales, salud, educación u obligaciones familiares, previo informe rendido por el Instituto Nacional de Criminología. Es obligación de la persona condenada no alterar, no dañar, ni desprenderse del dispositivo, reportar cualquier falla o alteración involuntaria y acatar las condiciones impuestas. En caso de incumplimiento de lo anteriormente dispuesto, el juez competente podrá variar o revocar esta modalidad de cumplimiento de la pena y ordenar el ingreso a prisión. *(Así adicionado por el artículo 9º de la Ley N.º 9271 del 30 de septiembre de 2014. “Mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal”).*

### 34 Artículo 486 bis.- Sustitución de la prisión durante la ejecución de la pena por arresto domiciliario con monitoreo electrónico

*El juez de ejecución de la pena podrá ordenar el arresto domiciliario con monitoreo electrónico durante la ejecución de la pena, como sustitutivo de la prisión, siempre que concurren los siguientes presupuestos:*

- 1) *Cuando la mujer condenada se encuentre en estado avanzado de embarazo al momento del ingreso a prisión, sea madre jefa de hogar de hijo o hija menor de edad hasta de doce años, o que el hijo o familiar sufra algún tipo de discapacidad o enfermedad grave debidamente probada. Podrá ordenarse también este sustitutivo siempre que haya estado bajo su cuidado y se acredite que no existe otra persona que pueda ocuparse del cuidado. En ausencia de ella, el padre que haya asumido esta responsabilidad tendrá el mismo beneficio.*
- 2) *Cuando la persona condenada sea mayor de sesenta y cinco años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito justifiquen la sustitución de la prisión.*
- 3) *Cuando a la persona condenada le sobrevenga alguna enfermedad física, adictiva o psiquiátrica cuyo tratamiento, aun cuando sea posible seguirlo en la prisión, resulte pertinente hacerlo fuera para asegurar la recuperación, previo los informes médicos y técnicos necesarios que justifiquen el arresto domiciliario.*
- 4) *Cuando a la persona condenada le sobrevengan situaciones en la ejecución de la pena que ameriten el resguardo del principio de humanidad, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito justifiquen la sustitución de la prisión.*

*El juez podrá ordenar las condiciones que aseguren el cumplimiento de la pena ordenando su ubicación en el programa que defina el Ministerio de Justicia y Paz, a fin de asegurar el cumplimiento del plan de ejecución y atención técnica, y obligaciones de cumplimiento. Asimismo, podrá otorgar los permisos necesarios para los controles médicos de rigor; la ocurrencia del parto u obligaciones adquiridas en relación con el cuidado de los hijos menores a su cargo o personas con discapacidad o dependientes, asegurándose el monitoreo permanente. Estas reglas serán aplicables a la prisión preventiva en relación con la autoridad judicial que conozca del proceso. En caso de incumplimiento injustificado o comisión de nuevo delito doloso se comunicará al juez competente, quien podrá modificar o revocar este beneficio y ordenar el ingreso a prisión. *(Así adicionado por el artículo 10º de la Ley N.º 9271 del 30 de septiembre de 2014, «Mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal»).**

También, la libertad condicional contempla la posibilidad de que, entre las condiciones impuestas por el juez para otorgar la libertad, es ordenar la localización permanente con mecanismo electrónico (artículo 66 del Código Penal)<sup>35 36</sup>.

Como medida cautelar puede utilizarse para paliar el peligro de fuga, pues la persona estaría ubicable siempre, y se le autorizan un rango de movimiento determinado y un horario, o del todo se le prohíbe salir de su casa de habitación. Esto se realiza a través de la zona de inclusión, es decir, se indican en el sistema del monitoreo las únicas zonas o zona y horarios donde la persona imputada puede movilizarse.

Igualmente, el dispositivo puede servir para paliar el peligro de obstaculización, pues el sistema de monitoreo permite que se le indique a la persona monitoreada que puede movilizarse por cualquier lado del país excepto en ciertos lugares o que puede acercarse a algunas personas ubicadas en lugar determinado, porque podría obstaculizar la investigación si lo hace. Esto se realiza a través de zonas de exclusión y, aunque no es el uso más usual que se le da al monitoreo electrónico en el país, sí permite que la persona investigada se movilice prácticamente por todo el territorio, menos en los lugares donde explícitamente la persona juzgadora le ha vedado por alguna razón de peligro de obstaculización,.

Evidentemente, como toda medida cautelar, al aplicarse al ser humano y con la experiencia

que se ha tenido en el país, la medida ha tenido diversos problemas, desde fallas tecnológicas que no permiten que el monitoreo sea continuo y fiable, hasta cuestiones de análisis para determinar a quién se le podría colocar uno y quién definitivamente no cumplirá con las condiciones impuestas. No obstante, en este artículo, no se hará una crítica a lo que ha sucedido con el monitoreo electrónico en Costa Rica, pues, aunque es un tema interesante y que da mucho para debatir, se escapa de la idea que se intenta proyectar en estas líneas.

Como se adelantó, el monitoreo electrónico puede imponerse de distintas maneras: con zonas de exclusión para que la persona imputada se desplace a todo lado menos a ciertos lugares, con rangos de movimiento disminuidos que le permiten a la persona imputada movilizarse únicamente dentro de un cantón, una provincia, un barrio y también está la posibilidad de imponer la localización permanente con mecanismo electrónico junto a la medida del arresto domiciliario.

Claramente, esta última condición es la más restrictiva en cuanto a la libertad de la persona imputada, por cuanto se le permite estar en libertad –porque no se le dicta prisión preventiva– pero debe estar encerrada en su casa las 24 horas todos los días. A esta medida se le puede ir permitiendo ciertos rangos de movimientos, como permisos para ir al trabajo, a estudiar, inclusive, recreación, los cuales deben ser claramente determinados por

### 35 Condiciones

Artículo 66- El juez, al conceder la libertad condicional, podrá imponer al condenado las condiciones que determine, de acuerdo con el informe que al respecto vierta el Instituto Nacional de Criminología; estas podrán ser variadas en cualquier momento, si así lo solicita dicho Instituto.

**Asimismo, el juez, por solicitud de la persona condenada, de la defensa o del Ministerio Público, podrá ordenar entre las condiciones la localización permanente con mecanismo electrónico.**

*(Así reformado por el artículo 4° de la Ley N.º 9271 del 30 de setiembre de 2014, «Mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal»). (La negrita y el subrayado son añadidos.)*

- 36 MORA SÁNCHEZ, Jeffry José. (2017). *Mecanismos electrónicos de seguimiento*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., p. 64.

el juez, con horarios y rangos de movimiento del imputado según el caso<sup>37</sup>.

## VII. LA DURACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DEL ARRESTO DOMICILIARIO CON MONITOREO ELECTRÓNICO

Uno de los puntos que se incluyó en la reforma de la Ley N.º 9271, y ya entrando en el tema de fondo de este artículo, es que el inciso j) del artículo 244 del Código Procesal Penal indica textualmente: “Artículo 244.- Otras medidas cautelares [...] j) La imposición de la medida de localización permanente con mecanismo electrónico. **Para tal efecto, un día bajo localización permanente con dispositivo electrónico equivale a un día de prisión preventiva**”. (La negrita es añadida).

En igual sentido, el artículo 421 del Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional señala lo siguiente: “Artículo 421.- Descuento de la pena. De conformidad con la ley, **un día bajo localización permanente con dispositivo electrónico equivale a un día de prisión preventiva o de prisión**, según corresponda, sin perjuicio de los beneficios que establece el Código Penal y este reglamento”. (La negrita es añadida).

Innegablemente, lo señalado por el legislador debe llamar la atención, pues equipara un día de localización permanente con un día en prisión preventiva. Se trata de una clara indicación de que esta medida cautelar, el monitoreo electrónico, es una medida cautelar considerada igualmente gravosa, como la prisión preventiva, máxime cuando se dictan la localización permanente y el arresto domiciliario. Se habla ni más ni menos de un respeto al principio de proporcionalidad y que

la medida de arresto domiciliario con localización permanente no puede ser dictada “por lo que dure el proceso”, sino que debe equipararse a la prisión preventiva en términos de duración.

¿Qué implica esto? No puede dictarse la medida cautelar del arresto domiciliario con monitoreo electrónico por todo el proceso. Es más, no puede dictarse por más de doce meses. Si se pretende ampliar el plazo de estas medidas por más de doce meses, el fiscal o la fiscalía deberá acudir al tribunal de apelación de la sentencia penal para solicitar la prórroga hasta por un año más. También deberá justificar detalladamente por qué su investigación va tan retardada y qué es lo que puntualmente le falta al expediente para que supere la etapa intermedia y se realice el juicio. Esto procede de conformidad con el artículo 257, inciso c) del Código Procesal Penal que indica que, en cuanto a la cesación de la prisión preventiva, la privación de libertad finalizará cuando su duración exceda de doce meses, y de acuerdo con el artículo 258, párrafo primero que indica que la prórroga del plazo de prisión preventiva por más de doce meses (plazo ordinario) a pedido del Ministerio Público podrá ser prorrogado por el tribunal de apelación de sentencia, hasta por un año más.

No obstante, ¿por qué se dice que el arresto domiciliario con localización permanente tiene un plazo ordinario legal de un máximo de doce meses, si en los artículos señalados del Código Procesal Penal se establece claramente que es de la prisión preventiva de la que se habla?

Lógicamente, por esta razón, el tema no ha sido pacífico. Se ha discutido que los artículos 257 y 258 del Código Procesal Penal son solo aplicables para la prisión preventiva, que no fueron

37 Artículo 424 del Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional, artículo 244, inciso a) y j) y 245 del Código Procesal Penal. Queda prohibido que administrativamente se amplíen el rango de movimiento, los permisos, etc., solo el juez puede darlos, y eso, en ocasiones, tarda inclusive meses en darse.

reformados por la Ley N.º 9271 y que el Código Procesal Penal es de aplicación restrictiva.

*Sobre el artículo 258 del Código Procesal Penal, Javier Llobet comentó lo siguiente: (1) El artículo se refiere a la prórroga de la prisión preventiva, no a la prórroga de otras medidas cautelares. Así no corresponde al Tribunal de Apelación de Sentencia disponer la prórroga de otras medidas coercitivas diferentes de la prisión preventiva. La prórroga de las mismas le corresponde al Tribunal competente (Cf. Tribunal de Apelación de Sentencia de Goicochea, voto 1758-2013 del 9-8-2013). El límite de duración de las mismas no está fijado por los artículos 257 inciso c) y 258 del C.P.P., sino por el principio de proporcionalidad (Así votos 345-2005 del 28-4-2005 y 751-2001 del 21-9-2001 del Tribunal de Casación Penal de Goicochea. Véase también: Sala Constitucional, voto 4252-2006 del 28-3-2006). De esta manera debe tener una duración que no supere lo razonable. Lo anterior es aplicable incluso al arresto domiciliario (Así: Tribunal de Casación Penal de Goicochea, voto 829-2005 y 1076-2005 del 20-10-2005)<sup>38</sup>.*

A pesar de lo anterior, el mismo tratadista indica que no ha sido pacífico establecer si, para el internamiento como medida cautelar, se deben aplicar los límites de la prisión preventiva y que existe jurisprudencia contradictoria (por ejemplo, Tribunal de Casación Penal de Goicochea, voto 375-2003, contrario al voto 388-2008 del mismo tribunal).

El Dr. Llobet señala que para él deberían aplicarse los mismos límites de la prisión preventiva al internamiento, por cuanto ambas medidas implican la privación de libertad del sujeto, por lo que no hay razón para tratar peor al sujeto con respecto al

que se dictó el internamiento, y habría que sumar también los plazos de internamiento y prisión preventiva, si se dictan ambas para un imputado.

Precisamente ese razonamiento de que es lo mismo estar encerrado internado que estar encerrado en prisión por medida cautelar se debe aplicar al arresto domiciliario con localización permanente, máxime que el legislador indicó que un día de localización permanente se equipara a un día de prisión preventiva.

Lastimosamente, se echa de menos que la reforma legal hubiese sido de una manera más sistemática y coherente con el resto del Código Procesal, que permita menos interpretaciones como las actuales.

Ahora bien, en Costa Rica, los mecanismos de seguimiento electrónico son relativamente nuevos o, por lo menos, las medidas cautelares más nuevas y tecnológicas que se aplican. Por ello, faltaba esperar unos meses y años para analizar si la jurisprudencia utilizada en párrafos anteriores seguía siendo la que prevalecía o había cambiado de alguna forma los criterios jurisprudenciales. Antes de analizarlos, se considera relevante actualizar el tema del principio de la proporcionalidad.

## **VIII. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA MEDIDA CAUTELAR DEL ARRESTO DOMICILIARIO CON LOCALIZACIÓN PERMANENTE**

Se ha definido el principio de proporcionalidad como aquel principio que protege los derechos fundamentales y libertades de las personas de los actos o intervenciones excesivas de los poderes

38 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, 2017, op. cit., p. 417.

públicos<sup>39</sup>. Este principio tiene varios requisitos o es conformado por varios subprincipios, sobre todo se reconocen tres:

a)	Debe ser adecuada o idónea para la promoción (no necesariamente la realización) de dicho objetivo legítimo ( <i>geeignetheit</i> o adecuación).
b)	Debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados (mínimo de intervención).
c)	Debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención. Por tanto, los instrumentos y los medios aplicados deben justificarse en su grado de gravedad: la gravedad de las intervenciones debe ser proporcionada a la urgencia o necesidad de los objetivos. Si éstos no son urgentes o no son muy necesarios, los instrumentos utilizados deben ser de menor intensidad (relación <i>zweck-mittel</i> ). Este último requisito parece ser el más importante para la protección de la libertad individual. Conlleva una ponderación entre el interés del individuo, manifestado en su derecho fundamental, y el interés público. Esta ponderación debe tener en cuenta la situación particular del individuo y, desde luego, no puede suponer la anulación o negación del derecho <sup>40</sup> .

Todas las medidas cautelares que se dictan en cualquier proceso deben respetar o deben considerar al momento de dictarlas el principio de proporcionalidad en su triple faceta

(idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Es claro que, en el proceso penal, donde se discuten medidas cautelares de carácter personal y que implican innegablemente la restricción de la libertad individual de una persona, es imprescindible valorar el principio de proporcionalidad para el dictado de cualquier medida coercitiva.

*La prisión preventiva prevé en forma expresa el necesario respeto del principio de proporcionalidad para el dictado de medidas coercitivas dentro del proceso penal. [...] La Sala Constitucional ha reconocido como principio constitucional el de proporcionalidad. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos fallos ha exigido el respeto de dicho principio. [...] En realidad el principio de proporcionalidad se deduce tanto del de Estado de Derecho, como del de respeto a la dignidad humana<sup>41</sup>.*

Como ya se indicó en el acápite anterior, la localización permanente es la medida cautelar de carácter personal más novedosa que tiene el proceso penal. Ha sido una curva de aprendizaje su aplicación, y aún falta bastante por avanzar para que su utilización sea la óptima.

No obstante, como toda medida cautelar, al imponerse esta medida, debe necesariamente aplicarse el principio de la proporcionalidad o, mejor dicho, la resolución que dicte la medida cautelar del arresto domiciliario con localización permanente debe fundamentarse con base en el principio de la proporcionalidad.

39 ARNOLD, Rainer, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco. (2012). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Talca, Chile. Estudios Constitucionales, Universidad de Talca. Año 10, n.º 1, pp. 65-116.

40 ARNOLD, Rainer, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco, op. cit., p. 70.

41 LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, 2017, op. cit., p. 60 y 61.

Al respecto, se recalcan votos acerca del tema de la prórroga de la medida cautelar de arresto domiciliario, emitidas por la Sala Constitucional, jurisprudencia que es vinculante *erga omnes*, a excepción de la misma Sala<sup>42</sup>.

## **IX. POSICIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

El 24 de abril de 2013, mediante el voto n.º 2013-5658, los magistrados y las magistradas de la Sala Constitucional resolvieron un caso en el que al imputado se le sumaban 12 meses entre prisión preventiva y arresto domiciliario. La fiscalía había pedido prórroga de la medida de arresto domiciliario, lo cual fue aceptado por el juez penal, y confirmado por el tribunal de juicio. Por esta razón, su defensa presentó un recurso de *habeas corpus* por cuanto consideraba que el que dictó la medida no era el competente, y que ello causaba una violación a los derechos fundamentales de su representado, específicamente a la libertad de movimiento.

Lo referido en el considerando IV del citado voto de la Sala Constitucional es de suma importancia, el cual realiza un análisis comparativo entre ambas medidas cautelares de carácter personal, específicamente el arresto domiciliario y la prisión preventiva, e indica en referencia a las medidas cautelares en el proceso penal que:

Es por esta razón que la legislación procesal penal ha fijado una serie de reglas que buscan que la aplicación de la medida de encierro se haga con estricto apego a los valores constitucionales, como los principios pro homine, de igualdad y de dignidad humana. Por lo que, entre otras cuestiones, en el citado voto se contempla que, al cumplirse un año de prisión preventiva, el órgano

competente para prorrogarla sea el Tribunal de Apelación (los antiguos Tribunales de Casación).

*Ya esta Sala analizó la importancia de esta decisión legislativa: El hecho de que sea el Tribunal de Casación Penal quien decida sobre el mantenimiento de la medida cautelar, constituye una garantía más para el imputado, por tratarse de un Órgano de la más alta instancia dentro de la jurisdicción penal. (Ver sentencia n.º. 2003-04925 de las 15:25 horas del 4 de junio del 2003).*

Apartir de dicha afirmación, la Sala Constitucional analiza si, en cuanto a la prórroga de la prisión preventiva por más de 12 meses, también debía aplicarse esa garantía del imputado como garantía en caso de que la medida que soportaba era la del arresto domiciliario. La Sala estudia primero por qué el legislador dispuso que, una vez superado el plazo de 12 meses de prisión preventiva, un tribunal de mayor jerarquía sea el que determine si esa medida se mantiene:

*Respecto a lo primero debe decirse, como ya se adelantaba con la sentencia citada, que, al tratarse de una limitación a un derecho fundamental -la libertad de movimiento- las precauciones que toma un Estado Constitucional y Democrático de Derecho son de tal envergadura que, incluso, luego de transcurrido un determinado tiempo, coloca en un Juez de mayor rango la obligación de examinar si esa restricción debe mantenerse. Esto no es otra cosa que hacer operativo al principio de proporcionalidad y emplearlo como criterio interpretativo. El principio de proporcionalidad ha sido identificado tradicionalmente por la doctrina con el principio de prohibición de exceso, el que a su vez se descompone en tres subprincipios:*

<sup>42</sup> Artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

*idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. [...] En suma con lo dispuesto por el numeral 258 del Código Procesal Penal, la finalidad es reforzar que la limitación a la libertad personal por más de 12 meses vaya antecedida de un examen jurisdiccional del más alto nivel que permita que su imposición esté sometida a la prueba de proporcionalidad.*

Como segundo punto, la Sala realiza un estudio de las características ontológicas de la medida de arresto domiciliario y establece que:

*Esto nos sitúa en el segundo aspecto que merece atención, a efecto de resolver el recurso incoado. Lo relevante del requisito que impone el numeral 258 mencionado es el resguardo de un derecho fundamental. En ese orden de ideas, el arresto domiciliario es una medida que restringe, como la prisión preventiva, idéntico derecho fundamental: la libertad de movimiento. Ante el silencio del legislador es posible ensayar dos respuestas, primero, que el artículo 258 se aplique exclusivamente a la prisión preventiva, segundo, que el artículo 258 se aplique por igual a las medidas que supongan una restricción a la libertad de movimiento, como la prisión preventiva, pero también el arresto domiciliario. Esta Cámara, no puede, sino decantarse por la segunda de las alternativas. Es la única posibilidad que se ajustaría a la filosofía de un Estado Constitucional y de Democrático de Derecho. En la concepción del Estado Constitucional y Democrático de Derecho se ha entendido que existe una serie de valores vistos como derechos que se han de garantizar a toda costa, pues ello representa*

*su esencia ontológica. Son los llamados derechos fundamentales [...].*

Dentro de estos derechos, uno de los más significativos es el derecho fundamental de movimiento o libertad personal, contenido en los numerales 20, 22 y 24 del parámetro de legitimidad constitucional, es la facultad de movilizarse por el territorio nacional. En palabras de Díez-Picazo: “[...] se hace referencia a la mera libertad deambulatoria o de movimiento, a lo que los juristas franceses suelen llamar, de manera plástica la libertad de ir y venir”<sup>43</sup>. Este derecho, avanza el tratadista español, se limita con la prisión preventiva, pero también con otra clase de medidas que, en virtud del monopolio de la fuerza que en el contrato social le fue concedido, el Estado podría imponer.

Bajo esta línea de pensamiento, el arresto domiciliario es una medida claramente restrictiva a la libertad personal, enmarcada dentro de un proceso penal. La posibilidad de “ir y venir”, según la expresión de la doctrina francesa, queda restringida ante un arresto que se verifica en el domicilio del imputado. Esta circunstancia no podría ser distinta y, en aplicación de los artículos constitucionales precitados y de los numerales 2, 257 y 258 del Código Procesal, debe entenderse que, cuando se fije el arresto domiciliario, deben observarse condiciones similares a las previstas en la legislación ordinaria para la prisión preventiva.

Aunque los artículos 257 y 258 hacen referencia expresa a la prisión preventiva, en aplicación del ordinal 2, también del Código Procesal Penal, deben interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o un derecho conferido a los sujetos del proceso. Por eso se prohíben la interpretación extensiva y la

43 DÍEZ PICAZO, Luis-María. (2003). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Civitas, pp. 34-36.

analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado, ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento. Previamente la Sala Constitucional se ha referido a la regla de interpretación en materia procesal penal:

*El artículo 2 del Código Procesal Penal establece, como regla de interpretación, que las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso deberán interpretarse en forma restrictiva. De manera que, en tratándose de la prisión preventiva, las normas que la imponen deben interpretarse restrictivamente y en concordancia con el principio pro libertatis. Al limitar, tanto la prisión preventiva, como el arresto domiciliario, el mismo derecho fundamental la única interpretación conforme al parámetro de legitimidad constitucional es la que ha sido expuesta, esto es, que el reforzamiento de garantías en caso de prórroga de la prisión preventiva, por más de 12 meses, traducido en que sea el Tribunal de Apelación el órgano competente de ordenarla, es extensible también al arresto domiciliario. (Ver: sentencia número 3494-99 del 12 de mayo de 1999).*

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia termina dando la razón al recurrente, acogiendo el recurso de *habeas corpus* presentado y ordena la libertad inmediata del imputado, por las razones ya expuestas<sup>44</sup>.

No se desprende de este voto, ni ha sido parte de la jurisprudencia de la Sala Constitucional que

solo la medida de la localización permanente con monitoreo electrónico deba ser prorrogada por el tribunal de apelación de la sentencia cuando supere los doce meses. Esta medida se puede prorrogar siempre que se adecúe al principio de proporcionalidad; pero no necesariamente a doce meses, y dependerá del caso concreto como se determine este punto.

Entonces, retomando la posición ya esgrimida anteriormente de Javier Llobet Rodríguez, quien indicó que, en caso de internamiento, se debían fijar parámetros de duración de dicha medida iguales a los de la prisión preventiva, por su restricción gravosa a la libertad ambulatoria, por esa misma razón la Sala Constitucional ha interpretado acertadamente que también se debe aplicar este razonamiento en cuanto al arresto domiciliario con monitoreo electrónico. De hecho, se debe aplicar para cualquier arresto domiciliario que sea dictado como medida cautelar dentro de un proceso penal que actualmente se dicta siempre junto a la medida de la localización permanente.

A pesar de que los artículos 257 y 258 del Código Procesal Penal indican literalmente que la cesación de la privación de libertad al cumplir doce meses es para la prisión preventiva, de acuerdo con el artículo 2 de ese mismo Código, se permite realizar una interpretación extensiva al arresto domiciliario con monitoreo electrónico en cuanto a la duración ordinaria de esa medida, por cuanto se trata de aplicar el principio de proporcionalidad en una interpretación que resguarda las garantías del imputado. Se refuerza así el Estado de derecho que existe en Costa Rica.

<sup>44</sup> Como fallos referentes al tema y más actuales, véanse los votos: resolución n.º 03719 – 2019 y 15905 – 2018 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ambos referentes a que el arresto domiciliario debe ser limitado máximo 12 meses y, en caso de prórroga, deberá ser dictado por un tribunal de mayor jerarquía que es el tribunal de apelación de la sentencia penal.



## **X. POSICIONES DE LOS TRIBUNALES DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL**

Inicialmente, se debe reconocer que el criterio de la Sala Constitucional fue poco divulgado, lo que ocasionó u ocasiona que los jueces y las juezas penales no apliquen su criterio. Es decir, tanto personas juzgadoras de los juzgados penales, tribunales de juicio como tribunales de apelación de la sentencia penal dictaron resoluciones que no eran acordes con la línea de la Sala Constitucional, criterio que es *erga omnes*, salvo para sí misma.

Así, juzgados penales y tribunales de juicio han prorrogado medidas cautelares de arresto domiciliario con localización permanente por plazos mayores a los doce meses, cuando lo oportuno era dictar la incompetencia para conocer de dicha solicitud fiscal y remitirla al tribunal que se consideró competente, el tribunal de apelación de la sentencia penal.

Asimismo, los mismos tribunales de apelación de la sentencia penal han considerado que ellos no eran los competentes de conocer dichas prórrogas y han fundamentado sus resoluciones en que ellos solo eran competentes únicamente de conocer las prórrogas extraordinarias de la prisión preventiva. En otras palabras, los tribunales de apelación de la sentencia penal consideraron, en un principio, que se debía interpretar restrictivamente el Código Procesal Penal, artículos 257 y 258, solo aplicable a la prisión preventiva, a pesar de que ello fuera en detrimento de las garantías procesales que tenía el imputado.

Así, en diciembre del 2018, el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal de San José señaló que no era posible equiparar el arresto domiciliario con la prisión preventiva. Al respecto, en la resolución n.º 01809 – 2018, este tribunal indicó en el primer considerando que:

*Ese decir, en el caso de análisis, el plazo regular de prisión no finalizó, sin que sea posible equiparar el arresto domiciliario con monitorio electrónico, a la privación de libertad en un Centro Penitenciario. [...] El código procesal penal en el artículo 239 establece la procedencia de la prisión preventiva y en el artículo 257 las causales de cesación, otorgando en el artículo 258 potestad al Tribunal de Casación Penal para prorrogar la prisión por un período mayor al ordinario. De la lectura de las normas citadas y del artículo 244 del código procesal penal, se extrae una clara distinción entre la prisión preventiva y las otras medidas cautelares, de tal forma que, sólo la prisión preventiva tiene plazos máximos establecidos y es ésta la única medida cautelar que puede ser prorrogada por el Tribunal de Casación Penal, no entrando en su competencia la de prorrogar medidas cautelares diferentes de la prisión preventiva, como es el caso que se pide [...]. (Voto 2018-1560 de las 9:30 horas del 08 de noviembre de 2018). Resolución que, por las razones antes apuntadas, por mayoría se comparte en su totalidad. Por lo expuesto, este Tribunal, carece de competencia para conocer de la solicitud del Ministerio Público. En consecuencia, corresponderá al Juzgado Penal de esta localidad, pronunciarse al respecto.*

Es importante acotar que, en la resolución recién citada, el cojuez Norberto Garay Boza se separa del voto de la mayoría y salva su voto, al considerar que el arresto domiciliario se debe equiparar a la prisión preventiva. Al respecto, señala que dicha equiparación es apegada a los principios *pro persona* y de progresividad, por cuanto el artículo 2 del Código Procesal Penal prohíbe la interpretación extensiva y la analogía siempre que desfavorezca al imputado, cuando más bien al darse la competencia al tribunal de

apelación de la sentencia penal para conocer de la prórroga extraordinaria del arresto domiciliario con monitoreo electrónico es en beneficio de la libertad del encartado y de acorde al mencionado artículo.

*De esta forma, con relación al principio pro persona, estimar que la prórroga de la medida de localización permanente con mecanismo electrónico y, por ende, su control en cuanto a su duración, no son competencia del Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal, podría conllevar la apertura de portillos como que tal medida se equipare a alguna medida cautelar alternativa a la prisión preventiva que, como es sabido, su plazo máximo está determinado por el tiempo que dure la tramitación de la causa penal (así avalado por la Sala Constitucional, voto 10979-2007, de las 12:01 horas, del 27 de julio de 2007), dejando tal posibilidad de lado que este tipo de medida, si bien no es idéntico a la prisión preventiva, ciertamente implica en su ejecución la restricción de la libertad ambulatoria de la persona imputada, de ahí que, al interpretar analógicamente la medida de localización permanente con mecanismo electrónico con las reglas de plazos y competencia de imposición y prórroga de la prisión preventiva, se tiene como consecuencia que ello favorece la libertad de la persona endilgada, en el tanto cierra aquel portillo de duración indefinida de dicha medida cautelar, mientras la causa penal subsista.*

Sin embargo, los criterios imperantes respecto al control de la duración del arresto domiciliario con monitoreo electrónico han ido variando. Actualmente, se ha aplicado más el criterio de la Sala Constitucional en las distancias instancias de los tribunales penales, y se reconoce que, en virtud de que la Sala Constitucional equiparó la

restricción de libertad en la prisión preventiva con la del arresto domiciliario, la prórroga extraordinaria, es decir, la prórroga de más de doce meses en proceso ordinario, debe ser realizada por el tribunal de apelación de la sentencia penal.

Incluso, ya los fiscales y las fiscalas también presentan directamente la solicitud ante los tribunales correspondientes, evitando así contradicciones como que el juzgado penal prorrogue medidas cautelares que no le son competentes, evitando que las personas defensoras se vean obligadas a plantear reiterados *habeas corpus* ante la Sala Constitucional.

Por ejemplo, en su resolución n.º 00010 – 2020 de las diez horas treinta y cinco minutos del trece de enero de dos mil veinte, el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal de Cartago conoció de la solicitud de prórroga de prisión preventiva de varios imputados en una causa penal. Pero también, dentro de la misma causa penal, solicitó la prórroga extraordinaria del arresto domiciliario con tobillera electrónica de otro imputado más. En el considerando III de la citada resolución, el tribunal se refiere a su competencia para conocer tanto de la prórroga de la prisión preventiva, como de la prórroga del arresto domiciliario con monitoreo electrónico:

*De conformidad con lo resuelto por la Sala Constitucional en el voto número 2019-016769 de las 09:20 horas, del 04 de setiembre del 2019 y lo dispuesto por los artículos 244 inciso j) 257 y 258 del Código Procesal Penal, esta Cámara es competente para conocer la ampliación del arresto domiciliario con monitoreo electrónico y de la prisión preventiva cuando su plazo exceda doce meses.*

Sin embargo, en dicho caso, el tribunal rechazó parcialmente la solicitud fiscal de prórroga de medidas cautelares, en dos sentidos: primero, el

tribunal no logró constatar que el imputado que tenía el arresto domiciliario ya iba a cumplir los doce meses con dicha medida, porque en el expediente no eran claras las fechas de inicio, de suspensiones y de las prórrogas; y segundo, el tribunal indicó que no era competente de prorrogar otra medida más que el arresto domiciliario con tobillera electrónica. Al respecto, se indicó lo siguiente en el cuarto considerando de la resolución:

**IV. Se rechaza solicitud de prórroga de otras medidas cautelares:** *De conformidad con el artículo 258 del Código Procesal Penal, la competencia de este Tribunal de Apelación de Sentencia Penal se encuentra limitada a la posibilidad de prorrogar de forma extraordinaria la prisión preventiva o las medidas cautelares atinentes al monitoreo electrónico por disposición de la Sala Constitucional, cuando su plazo exceda los doce meses, sin que alguna norma faculte a esta Cámara para pronunciarse sobre la prórroga de otras medidas cautelares como las mencionadas por el petente (“mantener su perímetro únicamente en el cantón central de Pérez Zeledón, mantener actualizado su domicilio, no ingresar a Buenos Aires de Puntarenas, no cometer nuevo delito doloso, firmar cada quince días en la Fiscalía de Pérez Zeledón e impedimento de salida”), competencia que entonces mantiene, en forma exclusiva, el Juzgado que las dictó o bien el Tribunal de Juicio en la etapa correspondiente, en este caso el Tribunal de Juicio de Pérez Zeledón por encontrarse el expediente a su cargo.*

También, en la resolución n.º 00129 – 2020, el Tribunal de la Sentencia Penal del III Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón, reconoce que es competente de conocer la prórroga de más de doce meses en las medidas cautelares de prisión preventiva y el arresto domiciliario con

localización permanente. No obstante, se declara incompetente en el caso concreto, por cuanto la fiscalía solicitó en apariencia una prórroga de prisión preventiva; pero resultó que las medidas cautelares que pesaban sobre los imputados eran otras, no la más gravosa, ni siquiera la localización permanente se encontraba entre ellas. Igualmente, se rescata la posición de este tribunal en cuanto a su competencia que al respecto específicamente indicó:

*De la relación de los artículos 257 y 258 del Código Procesal Penal se extrae que la competencia de esta Cámara de Apelación de Sentencia en esta materia se circunscribe únicamente a la prisión preventiva y, por interpretación de la Sala Constitucional, se ha equiparado la circunstancia del arresto domiciliario con monitoreo electrónico siempre y cuando implique una restricción tal a la libertad de movimientos que el imputado tenga que mantenerse en su lugar de residencia (Confrontar resolución de la Sala Constitucional número 16769-2019 del 4 de setiembre de 2019). Además, tal y como lo prevee [sic] la citada normativa procesal, el control respectivo nace una vez que se ha extinguido el plazo ordinario de vigencia de la medida cautelar respectiva. En vista de lo anterior, resulta claro que en este supuesto no estamos ante ninguna de las circunstancias procesales que determinan legalmente la competencia de esta Cámara de Apelación de Sentencia para el conocimiento de la prórroga que se solicita, toda vez que ni siquiera se trata de medidas cautelares de prisión preventiva o arresto domiciliario con monitoreo electrónico, ni además la vigencia de las mismas ha excedido el plazo de un año que dichas medidas deberían tener para ser objeto de control reforzado en su extensión extraordinaria. Como se puede observar estamos ante la solicitud de prórroga de una medida cautelar distinta de las que*

*tienen previsto el control reforzado en su extensión extraordinaria y [sic] además, durante la vigencia de su plazo ordinario, por ello, es al Tribunal de Sentencia a quien le correspondería conocer la solicitud que plantea la representación fiscal. Por ello, lo procedente es decretar la incompetencia de esta solicitud de extensión de la medida cautelar que se alude y disponer la remisión de la misma al Tribunal de Heredia para que valore lo pedido por la representación fiscal. (La negrita es suplida).*

En el caso del Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal de San Ramón, se considera importante que analiza que, en las prórrogas extraordinarias (de más de doce meses) del arresto domiciliario y la prisión preventiva, se prevé que exista un “control reforzado”. Efectivamente, este razonamiento es lo que la Sala Constitucional originalmente analizó en cuanto a que la competencia de conocer las solicitudes de prórrogas extraordinarias le correspondía al tribunal de apelación, por cuanto se requería de ese control reforzado, de un tribunal de mayor jerarquía y que fuera integrado por tres jueces, en lugar de un solo juez.

Se debe recordar que una restricción a la libertad de una persona en la prisión preventiva y el arresto domiciliario deben ser más controlados, por cuanto se trata de una persona que en un tiempo más que razonable, doce meses, no se le ha enjuiciado, pero se le constriñe a soportar medidas cautelares gravemente invasivas de sus derechos fundamentales.

En su resolución n.º 01641–2019, el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José ha referido que es el competente en conocer la prórroga extraordinaria de las medidas cautelares tanto de prisión preventiva como de arresto domiciliario. En el considerando III, dicho tribunal enfatiza en las circunstancias procesales

que deben concurrir para que sea competente de conocer la prórroga del arresto domiciliario con monitoreo electrónico: primero, debe ser una medida cautelar precisamente de arresto domiciliario con monitoreo electrónico y no otra medida cautelar (por ejemplo, la firma periódica, la prohibición de acercarse a determinado sitio), y segundo, la medida cautelar debe superar los doce meses de dictada, sea porque se cuenta los doce meses de tener arresto domiciliario con localización permanente o porque hubo una combinación entre esta medida y la prisión preventiva que dan un total de doce meses. Específicamente, el tribunal señala que:

*Así las cosas, es claro que el plazo ordinario de prisión preventiva ya se cumplió, por lo que esta cámara de apelación es competente para conocer la solicitud planteada por la Fiscalía en cuanto al imputado Flores Pavón, de conformidad con el artículo 258 del Código Procesal. Igualmente, la prórroga del arresto domiciliario ha cumplido también su plazo ordinario. La existencia de dicho plazo deriva de lo que al respecto ha interpretado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia al señalar que “1. La medida de localización permanente con mecanismo electrónico es equiparable a la prisión preventiva. 2. La medida de localización permanente con mecanismo electrónico, se rige por los límites que regulan la prisión preventiva” (Sala Constitucional, v. 16769-19, de las 9:20 hrs del 4 de setiembre del 2019).*

## XI. CONCLUSIÓN

La localización permanente con monitoreo electrónico es la medida cautelar más recientemente introducida a la normativa procesal penal costarricense e implica el uso de tecnología como alternativa a la prisión preventiva. Ha presentado complicaciones y dificultades para su aplicación, pero sin lugar a dudas, ha llegado a ser una propuesta interesante que se usa cada vez más y

que intenta evitar el abuso de la prisión preventiva que debe usarse, en teoría, de forma excepcional.

El arresto domiciliario con localización permanente, como actualmente se acostumbra a dictarse, limita la libertad de movimiento de la persona a la cual se le impone. Por ello, resulta concordante con la Constitución Política y las convenciones internacionales de derechos humanos, indicar que la prórroga de más de doce meses, que es el plazo ordinario de la medida cautelar de prisión preventiva, también debe ser el plazo ordinario del arresto domiciliario.

Por tanto, la prórroga más allá de ese plazo ya no podría ser dictada por el juzgado penal, sino por el tribunal de apelación de la sentencia penal que, de forma colegida y siendo un tribunal de mayor jerarquía, realizará un adecuado control reforzado de la duración de esa medida cautelar y determinará si es procedente, proporcional y conforme a la dignidad humana continuar con una medida cautelar tan coercitiva como lo es el arresto domiciliario con monitoreo electrónico por más de doce meses.

Es decir, la autora considera que sí existe un plazo extraordinario en la medida cautelar del arresto domiciliario con la localización permanente, y que la competencia para conocer de la prórroga extraordinaria debe recaer en un tribunal colegiado de alta jerarquía: el tribunal de apelación de la sentencia penal.

Se estima que, al indicarse la duración de la medida cautelar de la localización permanente con arresto domiciliario, debe aplicarse necesariamente el principio de proporcionalidad y de una forma tan restrictiva como se hace con la prisión preventiva.

También, se comparte este criterio de la Sala Constitucional que se ha analizado, por cuanto ha logrado aplicar la teoría del principio *pro persona* y de progresividad en la aplicación de los derechos humanos, la cual implica el principio de no regresión. En otras palabras, se ha logrado aplicar justamente los mismos límites de la duración de la prisión preventiva, es decir, lo indicado en los artículos 257, inciso c) y 258, ambos del Código Procesal Penal.

Además, esta limitación a la duración del arresto domiciliario con monitoreo electrónico resulta ser acorde con el principio de prohibición de regreso de los derechos humanos, por cuanto estos deben siempre progresar y no retroceder, aunque se esté hablando de los derechos de las personas imputadas, porque también son seres humanos. Al equiparar la duración de la prisión preventiva, que es tan restrictiva, con la del arresto domiciliario con monitoreo electrónico, justamente se llevan a la práctica los principios señalados. No por nada, se conoce al derecho procesal penal como el derecho constitucional aplicado.

El arresto domiciliario junto a la localización permanente son medidas cautelares que intervienen a gran escala la libertad, obviamente no a la misma magnitud que la prisión preventiva; pero sí con una magnitud muy similar: se le obliga a alguien a permanecer encerrado todo el día en un mismo lugar que, si bien es su casa, se convierte en su prisión, junto a lo que se conoce incluso con el nombre de “grillete electrónico”.

## XII. BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. (2010). *Colección temas procesal conflictivos: I. El debido proceso*. Lima, Perú: Editorial San Marcos E. I. R. L., pp. 249-275.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. (1989). *Introducción al estudio del derecho procesal*. Santa Fe, Argentina: Editorial Rubinzal- Culzoni, t. 1, pp. 259-266.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. (2013). *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial. ¿Qué es el garantismo procesal?*. Rosario, Argentina: Ediciones AVI S.R.L., p. 89.
- ARNOLD, Rainer, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco. (2012). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Talca, Chile, Estudios Constitucionales, Universidad de Talca. Año 10, n.º 1, pp. 65 – 116.
- AUGUSTO MORELLO, Gabriel Stiglitz, (1986). *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*. La Plata, Argentina: Editorial Platense.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Reflexiones sobre las llamadas garantías individuales*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México. <http://www.juridicas.unam.mx/>, obtenido el 27 de enero de 2015.
- CANTEROS, Fermín. (2013). *Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal*. Rosario, Argentina: Ediciones AVI S.R.L., p. 15.
- Cesárea, Eusebio. *Historia eclesiástica. Libro II. Capítulo 25*. Página web: <https://www.newadvent.org/fathers/250102.htm>, consultado el 9 de junio de 2020.
- CHAPARRO HERNÁNDEZ, Sergio y PÉREZ CORREA, Catalina. (2017). *Sobredosis carcelaria y políticas de drogas en América Latina*. Bogotá, Colombia: Editorial Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, pp. 25-26.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n.º 35-07, Caso Peirano Basso vs. Uruguay.
- Coyle, A., Fair, H., Jacobson, J. y Walmsley, R. (2016). *Imprisonment worldwide. The current situation and an alternative future*. Estados Unidos: Bristol: Policy Press, p. 25.
- DIEZ PICAZO, Luis-María. (2003). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Civitas, pp. 34-36.
- FERRAJOLI, Luigi. (2016). *Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional*. En “Crítica penal y poder”, n.º 11. Observatorio del sistema penal y los derechos humanos, Universidad de Barcelona.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. (1987). *Derecho procesal penal*. Madrid, Nueva tirada puesta al día, p. 206.
- *Hechos de los apóstoles*. La Biblia. (1994, 1996). Versión “La Biblia de Estudio. Dios habla hoy”, tercera edición, Estados Unidos: Editorial Sociedades Bíblicas Unidas.

- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. (2017). *Procesal penal comentado (Código Procesal Penal comentado)*. 6<sup>ta</sup> edición, San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 383.
- MORA SÁNCHEZ, Jeffry José. (2017). *Mecanismos electrónicos de seguimiento*, San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., p. 64.
- MORA SÁNCHEZ, Jeffry José. (2015). *Prisión preventiva y control de convencionalidad*, San José, Costa Rica Editorial Juritexto, pp. 32 y 33.
- PELÁEZ SANZ, Francisco y BERNAL NETO, Juan Miguel. (Abril de 1999). *Las medidas cautelares en el proceso penal*.
- En [http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/199904-eaj36\\_07.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/199904-eaj36_07.html)
- Periódico *La Nación*: Justicia contrata empresa por ofrecer tobilleras más baratas pero con “mejor tecnología”, de fecha 22 de mayo de 2020. Consultado en: <https://www.nacion.com/sucesos/judiciales/justicia-contrata-empresa-por-ofrecer-tobilleras/4VIUUDWZU5BT3AA5GAWJWMXCVY/story/>, el día 9 de junio del 2020.
- Periódico La Prensa Libre.CR: *Mantener 13.011 reos le cuesta al país \$363 millones diarios*. Consultado en: <http://www.laprensalibre.cr/Noticias/detalle/88280/mantener-13011-reos-le-cuesta-al-pais-%C2%A2363-millones-diaros>, el día 9 de junio del 2020.
- PEYRANO, Jorge. (1997). *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. medidas autosatisfactorias. El derecho procesal en el umbral del tercer milenio*. Tomo 1. Argentina: Universidad Nacional del Nordeste Corrientes.
- Salazar, Daniel. (2017). *Reincidencia entre reos con tobilleras electrónicas no es del 20,5%*. Consultado el 11 de junio de 2020 en la página: <https://doblecheck.cr/reincidencia-entre-reos-con-tobilleras-electronicas-no-es-del-205/>)
- SOTO PRATS, Bárbara Eva. *Análisis del procedimiento expedito para los delitos en flagrancia en Costa Rica: Confrontación con el debido proceso, según el garantismo procesal*. Tesis de maestría en derecho procesal. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Argentina,
- TULIÁN, Domingo Carlos. (2013). *Fundamentación racional del garantismo procesal*. Rosario, Argentina Ediciones AVI S.R.L., pp. 58-59.





# ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 221 DEL CÓDIGO PROCESAL AGRARIO A LA LUZ DEL PLURALISMO JURÍDICO

MSc. Daniel Araya González\*

## RESUMEN

El estudio inicia con un breve análisis de la reforma al artículo primero de la Constitución Política, donde se resalta su impacto socio-jurídico de la mano con la progresiva interpretación del concepto de pluralismo jurídico y su vital importancia para comprender, identificar y desarrollar diálogos entre los distintos modelos de administración de justicia. Resulta fundamental poder deconstruir ideas preestablecidas, especialmente en cuanto a los criptotipos de justicia, sanciones y proceso, flexibilizando y ampliando su interpretación en aras de garantizar un respeto paritario de los derechos culturales de los pueblos indígenas. Posterior a esta primera etapa del trabajo, se indagará en el artículo 221 del nuevo Código Procesal Agrario, en concordancia con varias sentencias de la Sala Constitucional y del Tribunal Agrario, planteando diversos cuestionamientos que propicien la continuidad de las discusiones constructivas.

**Palabras claves:** *Interculturalidad, cosmovisión, derecho consuetudinario, constitucionalidad, pluralismo jurídico, justicia indígena.*

## ABSTRACT

*The present study begins its analysis starting from the reform to the first article of the Political Constitution, highlighting its socio-legal impact hand in hand with the progressive interpretation of the concept of legal pluralism and its vital importance to understand, identify and develop dialogues between the different models of administration of justice. It is essential to be able to deconstruct pre-established ideas, especially regarding the crypto types of justice, punishment and process, making their interpretation more flexible and flexible in order to guarantee equal respect for the cultural rights of indigenous peoples. After this first stage of the work, article 221 of the NCPA will be investigated, in accordance with several judgments of the Constitutional Chamber and the Agrarian Court, raising various questions that promote the continuity of constructive discussions.*

**Keywords:** *Interculturality, worldview, customary law, constitutionality, legal pluralism, indigenous justice.*

Recibido 10 de agosto 2020

Aprobado 12 agosto 2020

---

\* Defensor público en materia agraria, Poder Judicial. Licenciado en Derecho por la Universidad De La Salle, Especialista en Derecho Agrario y Ambiental, suma cum laude, por la Universidad de Costa Rica; máster en Derecho Internacional de la Empresa por la OBS Business School y la Universidad de Barcelona; mediador y conciliador certificado. Miembro de la Comisión de Litigio Estratégico del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Profesor universitario. darayag90@gmail.com.

## 1. CONTEXTUALIZACIÓN

Mediante la Ley N.º 9305 del 24 de agosto de 2015, la reforma al artículo primero de la Constitución Política reconoce de manera expresa a Costa Rica como una república multiétnica y pluricultural. En atención a los principios de supremacía constitucional e interpretación conforme, todas las disposiciones legales y actuaciones estatales deben ajustarse al contenido del concepto de interculturalidad, en protección integral de los derechos humanos.

El concepto de *pluralismo jurídico*, ampliamente discutido por juristas en todo el mundo, refiere a la coexistencia de dos o más sistemas normativos dentro de un mismo espacio geográfico, en un mismo momento histórico.

Uno de los desafíos que presenta la interiorización de este concepto a nivel estructural estatal y judicial, específicamente, es lograr armonizar los distintos sistemas de justicia y no zanjar aún mas la dominación de unos sobre otros.

Respecto a la coexistencia de diversos sistemas jurídicos, en la sentencia n.º 10554 del 9 de agosto de 2013, la Sala Constitucional indica lo siguiente: *“Así las cosas, los Tribunales de Derecho Consuetudinario nacen del derecho que tienen los Pueblos Indígenas a darse su propia justicia y éste a su vez es una modalidad de lo que debe entenderse como un sistema jurídico indígena que contiene normas jurídicas y valores que lo determinan como una cultura jurídica propia”*.

La integración de los sistemas de justicia indígenas o consuetudinarios y del sistema de administración de justicia estatal implica el abordaje de la temática desde una perspectiva interdisciplinar y no estrictamente jurídica. Es necesario integrar al estudio varias ciencias sociales, tales como la antropología, la sociología,

la historia, entre otras. Un ejemplo de lo anterior es el uso los peritajes culturales y/o antropológicos en los procesos judiciales.

Según el investigador Diego Iturralde (2019, p. 21), el derecho consuetudinario se nutre de la argumentación en favor del pluralismo jurídico. Marca su diferencia en el arraigo a las tradiciones y modos de vida de las personas, los cuales responden a sus intereses y dinámicas sociales comunitarias.

A raíz del estudio del artículo 221 de la Ley N.º 9609, denominada “Código Procesal Agrario”, en adelante CPA, la interrelación entre los sistemas de justicia indígenas y el sistema judicial estatal denota la aplicación de principios generales del derecho indígena, según su pertinencia cultural. El contenido de la norma implica determinar un procedimiento “priorizando” la aplicación de modelos consuetudinarios propios del territorio indígena al que pertenezcan las partes.

El profesor Rubén Chacón Castro (2001) reseña varios elementos o supuestos para que un sistema jurídico sea considerado como tal, e indica que, a pesar de que cuenten con estructuras ancestrales consolidadas, dichas estructuras indígenas carecen de legitimidad que les dé soporte, y agrega: *“entendiendo que la “legitimidad” es concedida por el propio sistema dominante”* (p. 125).

La articulación y coexistencia de los distintos sistemas normativos en Costa Rica han sido y continúan siendo, desde el ámbito jurídico práctico, poco aceptados y/o excluidos en múltiples ocasiones. Lo anterior es un reflejo de cómo las antiguas y vigentes estructuras estatales siguen sometiendo a los sistemas consuetudinarios de justicia al sistema judicial nacional. El CPA es un esfuerzo por seguir las teorías pacifistas sobre el tema, pregonando un modelo procesal de respeto intercultural.

Una de las grandes inquietudes que se debatirá en el presente artículo versa sobre cómo fijar reglas de coordinación entre las autoridades judiciales estatales y las autoridades indígenas de representación. ¿Cómo pueden coparticipar estos dos sistemas dentro del litigio agrario a la luz del artículo 221 del CPA? ¿Qué sucede en los casos donde se discute sobre cuál autoridad propia indígena es la encargada de los procesos internos de solución de conflictos?

El derecho indígena en Costa Rica no ha contado con un desarrollo investigativo jurídico amplio. En la cotidianeidad, existen múltiples criterios de jueces y juezas de la república, con respecto al valor jurídico que tienen los métodos ancestrales indígenas de resolución de controversias. La discusión aporta muchos problemas procesales que versan sobre distintas figuras jurídicas (cosa juzgada indígena, planteamiento previo de la litis ante el órgano propio de justicia como requisito de admisibilidad de la demanda, representación indígena, entre otras).

No obstante, el estudio se enfocará en el instituto de la conciliación en materia indígena y, de forma más concreta, en la aplicación del derecho propio en todas las etapas del proceso agrario. Dichos otros conceptos jurídicos, se transversalizarán a lo largo del artículo.

Como denominador común, el sistema de justicia nacional y los sistemas propios de justicia consuetudinarios están supeditados tanto a la Constitución Política, así como al bloque de convencionalidad en materia de derechos humanos. ¿Existe jurisprudencia constitucional al respecto? ¿Qué tanta flexibilización presenta el tema?

A manera introductoria y, como referencia comparativa con otros modelos de la región, a raíz del pluralismo jurídico en la mayoría de países latinoamericanos, dentro del proyecto denominado, *Promoción y desarrollo de procesos*

*de relacionamiento entre sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas y los poderes judiciales* (2014), la Comisión Andina de Juristas (CAJ) han logrado avances muy significativos en el mapeo de los ejes centrales de las relaciones entre los sistemas de justicia consuetudinarios y los distintos órganos estatales.

En varios países del bloque andino, a raíz de la constitucionalización de las jurisdicciones indígenas, se ha pregonado por un mayor respeto y autonomía de los pueblos indígenas. Desde una visión constitucionalista, significa una etapa más avanzada de desarrollo. Sin embargo, muchas veces, las estructuras ejecutoras se han quedado rezagadas, impidiendo la real protección de los derechos de estas poblaciones.

Según el relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales indígenas, Stavenhagen (2004):

*[...] según algunos, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas no ofrece suficientes garantías para la protección de los DDHH individuales universales. Pero aun si eso fuera una afirmación cierta basada en pruebas suficientes, no debería esgrimirse para negar por completo el valor del derecho consuetudinario indígena sino como un reto para aproximar ambos enfoques haciéndolos más eficaces para la protección de los DDHH, tanto individuales como colectivos. El pluralismo jurídico en los Estados es una oportunidad para permitir a los sistemas jurídicos indígenas funcionar eficazmente ya sea como parte de los sistemas jurídicos nacionales o paralelamente a éstos. (p.19).*

Este artículo parte de la premisa de que las reformas constitucionales y normativas sostenibles e integrales se convierten en pétreas herramientas,

si no son llevadas al quehacer jurídico cotidiano. Como lo sostiene el profesor Roberto Gargarella (2014), “la sala de máquinas de la constitución”, al estar cerrada y monopolizada, no permite que se gestionen las reformas político-estructurales necesarias para materializar el cumplimiento de las demandas sociales y de los derechos constitucionalizados.

## 2. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL PLURALISMO JURÍDICO

Borghi (1996) indica: “*Todos los derechos humanos deben ser interpretados en su dimensión cultural*”. Los procesos de evolución dogmática del “derecho” han sufrido múltiples deconstrucciones propias de la era posmoderna, principalmente, donde la conciencia sobre las diferentes realidades culturales en el mundo ha dado cabida al estudio y respeto por los distintos sistemas normativos consuetudinarios, paradójicamente al lado de los procesos de globalización (p.17).

Las teorías en pro del pluralismo jurídico han sido críticas sobre los sistemas jurídicos dominantes, a la vez han servido como herramientas de articulación dialógica entre los propios diversos sistemas. Boaventura de Souza Santos (2009) hace referencia al pluralismo jurídico como una de las soluciones a los grandes problemas del derecho contemporáneo.

El continente latinoamericano goza de una riqueza étnica y multicultural basta. Es por lo anterior que, desde hace varias décadas, la mayoría de Constituciones Políticas de los países latinos han incorporado los conceptos de pluralismo jurídico, pluriculturalidad, multiétnicidad e interculturalidad, en mayor o menor grado de desarrollo fundamental.

Así, a manera de dimensionar la importancia de dichos conceptos y su aplicación en la protección de los derechos humanos de las poblaciones indígenas, se presenta el siguiente orden cronológico de su incorporación, a través de reformas constitucionales: Panamá (1972), Guatemala (1985), Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Bolivia (1994), Argentina (1994), México (1994), Ecuador (1998), Venezuela (1999) y Costa Rica (2015).

Como parte de la interpretación pluralista, debemos partir de la noción integral de *cultura*. Para algunos filósofos jurídicos como Peter Haberle, el concepto de cultura versa sobre tres dimensiones: educación, ciencia y creación artística.

De acuerdo con Edward Burnett Tylor, pionero de la antropología mundial, se entiende cultura como: “*el conjunto complejo que incluye conocimiento, creencias, arte, moral, ley, costumbre, y otras capacidades y hábitos adquiridos por el hombre como miembros de una sociedad*” (Ripoll, 2002, p. 17).

Por tanto, podría establecerse que no existe dimensión humana que evite el concepto integral de cultura, menos aún el ámbito jurídico. Al respecto, Columba del Carpio Rodríguez (2011, p. 255) comenta: “*El Derecho en esta era, debe rescatar la diversidad cultural y normativa, que, sin abandonar sus urgencias universalistas, debe establecer un orden dentro de lo variado, una unidad que no sacrifique lo múltiple, y ello es posible gracias al Estado Constitucional*”.

En las Constituciones Políticas, una de las muchas contribuciones del desarrollo del concepto de pluralismo jurídico ha significado la comprensión de la existencia y el carácter cultural de los distintos sistemas consuetudinarios de administración de justicia de las poblaciones

indígenas. Como resultado de dicha comprensión, se ha logrado establecer un cierto reconocimiento tenue entre el sistema de justicia nacional y los sistemas consuetudinarios de justicia.

Esta visibilización ha permitido la promulgación de variada normativa, instrumentos y herramientas garantistas desde una óptica de derechos humanos, mas no ha concedido mayores facultades autonómicas a los pueblos indígenas para su autodeterminación, específicamente en lo referido a la justicia propia indígena.

La tesis pacifista aboga por el respeto entre los distintos administradores de justicia, ordinarios o consuetudinarios y por el reconocimiento mutuo de sus resoluciones. El diálogo intercultural descrito se circunscribe al control de constitucionalidad y convencionalidad que las personas juzgadoras deben ejercer, priorizando los modelos internos comunitarios de resolución de controversias.

En las últimas décadas, las distintas salas de la Corte Suprema de Justicia han emitido sentencias que abonan a los cimientos de la autodeterminación de los pueblos indígenas. Así mismo, el Tribunal Agrario ha sido un garante esencial de los derechos fundamentales de esta población.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado su análisis, mayoritariamente, enfocado hacia el respeto de los territorios indígenas y del ambiente, como parte nuclear de la cosmovisión indígena.

Los controles de constitucionalidad y convencionalidad se convierten en los denominadores comunes de ambos sistemas de administración de justicia, logrando una concreción aún más robusta sobre la coexistencia de las múltiples formas culturales de resolver conflictos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) y de la Declaración

de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Lo anterior posibilita la interacción pluralista dialógica dentro de un proceso judicial agrario; por ejemplo: la previa homologación por parte del órgano interno indígena sobre un acuerdo conciliatorio entre personas de la comunidad, dentro de un proceso judicial agrario.

Posterior a ello, el órgano remite al juzgado agrario su visto bueno, sus objeciones o apuntes, desde su noción de pertinencia cultural. Como se analizará más adelante, el artículo 221 del CPA, al no regular un proceso de manera expresa, deja abiertas muchas posibles interpretaciones interculturales positivas.

Producto de muchos factores, entre los que destaca el poco desarrollo estructural de los tribunales propios consuetudinarios, las personas indígenas acuden a los juzgados agrarios para pretender la declaración de derechos que ya han sido conciliados o sentenciados por las autoridades propias consuetudinarias en múltiples ocasiones.

Ello conlleva a una revisión del debido proceso sobre las actuaciones de la autoridad propia indígena, no así del fondo del asunto, en un primer momento, pero: ¿se puede determinar una falta al debido proceso sobre un proceso que se desconoce? ¿Qué implicaciones conlleva la revisión de las actuaciones de las autoridades propias indígenas sobre un caso particular, por parte de una persona juzgadora agraria?

Según Soto y Pacheco (2014, p. 2), el concepto de “diferencia” varía mucho entre la antropología y el derecho. La primera se enriquece de la heterogeneidad de culturas, normas, costumbres y demás aspectos socio-históricos.

Por el contrario, el derecho tiende a la homogeneidad. Se trata de una constante

búsqueda de un sistema común sobre el cual construir, siempre con la mira en otro sistema común más depurado. Si partimos de una teoría integracionista y moderna del derecho, teniendo como pilar central los derechos humanos, se torna necesario entender la ciencia jurídica desde un plano interdisciplinar donde los datos esenciales para la resuelta del conflicto no vendrán únicamente de la norma, sino de la prueba recabada a través de la pericia de una persona experta.

El pluralismo jurídico abre la puerta al entendimiento de la existencia de las distintas formas de administrar justicia, según la cultura de cada pueblo y la coexistencia en un momento histórico determinado.

Por su parte, el peritaje cultural antropológico dilucida a través de todo un análisis amplio e integral (de contextos y autores) cuál es el proceso culturalmente aceptado de resolución de controversias dentro de un territorio y para una población específica, así como la determinación de quién es considerado indígena por la comunidad o no. La comunidad indígena debe ser la parte neurálgica del peritaje, de forma activa e inclusiva.

Los pueblos indígenas, sometidos a continuas conquistas ideológicas, territoriales y religiosas han perdido múltiples manifestaciones culturales ancestrales. Dentro de dicha realidad y, para lo que interesa al presente trabajo: 1) los mecanismos de resolución de conflictos internamente y 2) la determinación del órgano interno competente para resolver la controversia.

El CPA de manera expresa “prioriza” la aplicación de los modelos consuetudinarios de resolución de controversias en los casos donde sea parte una persona indígena, por lo que debe contribuir para maximizar los esfuerzos por desarrollar mecanismos horizontales de diálogos entre las

personas juzgadoras ordinarias y las autoridades de representación indígena.

El concepto de pluralismo jurídico no implica desde ninguna óptica un panorama caótico. Lo que se pretende con una interpretación integral del concepto es entender y respetar las diversas formas de administración de justicia, asimilar y estudiar las distintas concepciones de derecho, justicia y sanciones, reprochando toda actuación contraria a los derechos humanos.

### 3. DERECHO INDÍGENA

Analizar el derecho indígena implica comprender que, dentro de dichas estructuras ancestrales y formas tradicionales de resolver conflictos, existe cabida para la progresión. Así como cada década está marcada desde la óptica jurídica por cientos de resoluciones emanadas de órganos jurisdiccionales, nacionales e internacionales que progresivamente interpretan las normas en procura de una mayor tutela de los derechos humanos, igualmente el derecho indígena es sujeto de reformas e interpretaciones en pro del desarrollo de cada cultura, por y para la comunidad.

Mediante la sentencia n.º 00304 del 29 de marzo de 2006, el Tribunal Agrario ha definido como elementos caracterizadores del derecho consuetudinario los siguientes aspectos: “[...] a) la existencia de normas, usos y costumbres; b) las autoridades y órganos colectivos de impartir justicia y, c) la existencia de propios métodos de solución de conflictos”.

De igual manera, ha considerado que el derecho consuetudinario se compone de un proceso más directo, oral y flexible donde se sobrepone el interés de la comunidad por sobre el individual. Este análisis de razonabilidad (individuo-comunidad) debe llevarse a cabo *prima facie* por los juzgados agrarios. En esta perspectiva, no estamos frente a una hegemonía absoluta

de la comunidad frente al individuo, sino el individuo visto como sustento de la comunidad, parte activa e íntegra que impulsa los procesos de transformación y adaptabilidad a los cambios.

En opinión del Dr. Francisco Javier Díaz Revorio (2017), catedrático de la Universidad Castilla La Mancha, el análisis de razonabilidad está compuesto por tres parámetros: 1) debe tener un fin lícito, previsto en la constitución o que no sea contradictorio con la constitución, 2) que sea coherente o congruente con ese fin y 3) el llamado principio o criterio de proporcionalidad que refiere a un equilibrio de que la restricción o limitación de determinado derecho debe también ser objeto de límites, no pudiendo ser desmedida o desequilibrada.

Según el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), en colaboración con el *International Development Research Centre* (IDRC) (2016), se pueden identificar al menos tres tipos de reconocimiento y participación de la justicia indígena en el escenario socio-jurídico de los países: 1) jurisdicción especial regulada constitucionalmente, 2) jurisdicción indígena subordinada a la jurisdicción estatal y 3) jurisdicción indígena con autonomía plena.

En el caso costarricense, la justicia indígena se encuentra subordinada a la jurisdicción estatal, lo que alguna parte de la doctrina ha denominado “pluralismo aditivo”. Bajo esta forma, se les reconocen a las comunidades indígenas sus normas propias, procedimientos y cultura, y la diversa normativa nacional les concede un marco de garantías (intérpretes, personas defensoras públicas, etc.).

Pese a lo anterior, la pugna indigenista aspira hacia la consecución de una jurisdicción indígena reconocida constitucionalmente de forma expresa, en aras del garantismo y la autonomía

administrativa como derecho humano de las poblaciones precolombinas.

El derecho indígena propio o consuetudinario, modernamente ha acogido una serie de institutos y procesos propios del sistema ordinario de justicia nacional, así como múltiples elementos de defensa dados por los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. Este mecanismo de absorción selectiva ha significado avances de suma importancia, en especial para los tribunales de derecho propio de algunos territorios indígenas. Se ha logrado una mejora sustancial en la tramitación de procesos, vía interna, garantizándoles a las partes un debido proceso y un real acceso a la justicia según sus normas culturales. Estos procesos de organización no han contado con un apoyo respetuoso y dialógico por parte de las autoridades estatales.

En contraste con la realidad, mediante la sentencia n.º 020139 del 11 de diciembre de 2014, la Sala Constitucional ha indicado:

*[...] el Estado debe garantizar plenamente el disfrute de este derecho fundamental, reconociendo nuestra jurisprudencia constitucional, una jerarquía superior a los Convenios Internacionales, tales como el de la OIT, N° 169 (Ley N° 7316 del 3 de noviembre de 1992), un grado de tutela superior a las personas y comunidades indígenas, es decir, un nivel elevado de protección respecto de aquellos derechos humanos contemplados en la propia Constitución Política, y que por ende exigen el respeto, en los Tribunales ordinarios, de las decisiones que por la vía de la costumbre y la autodeterminación de dichos pueblos indígenas se deriven de las propias comunidades y sus representantes.*

Otra absorción selectiva por parte de las autoridades propias indígenas ha sido el principio de juez natural. Las autoridades indígenas no

son las que reprochan las actuaciones para cada caso particular, sino que procesan el conflicto con fundamento en sus tradiciones ancestrales. Para dichos fines, utilizan las estructuras ancestrales ya definidas. Lo anterior puede correlacionarse con la labor de las personas peritas culturales y antropólogas, quienes evidencian la necesidad y el valor, tanto para los juzgados ordinarios agrarios, así como para las propias comunidades indígenas, de rescatar y registrar las manifestaciones culturales comunitarias, mayoritariamente orales, a través de sus pericias, cumpliendo un papel social y jurídico de gran relevancia.

La multiplicidad de elementos históricos dentro de un territorio indígena, así como las diversas cosmovisiones ocasionan el uso de los peritajes culturales y/o antropológicos, por parte de los juzgados ordinarios. Estas pruebas contribuyen a la comprensión sobre las normas de derecho consuetudinario, en su fondo y forma, esclareciendo, en muchos casos, las potestades de las autoridades propias encargadas de solucionar las controversias, especialmente cuando exista debate sobre cuál autoridad propia es la competente.

En territorios donde existen varios tipos de asociaciones, comités específicos, consejos de mayores, tribunales propios consuetudinarios y las asociaciones de desarrollo integral, la determinación de competencias no es tarea sencilla.

El artículo 5 del Reglamento a la Ley Indígena, Decreto Ejecutivo n.º 8487 del 26 de abril de 1978 establece que las estructuras tradicionales indicadas en el artículo 4 de la ley operarán en el interior de las comunidades. Por el contrario, las asociaciones de desarrollo representarán judicial y extrajudicialmente a las comunidades indígenas. La situación expuesta ha significado grandes discusiones dentro de la mayoría de comunidades indígenas del país, habiendo múltiples grupos

que se arrogan competencias sobre las mismas materias.

Pese a las discusiones referidas, un elemento del derecho indígena donde no existe refutación alguna es la relación entre las comunidades con la *jariria* (palabra cabécar que puede traducirse como “*madre tierra*”). El aporte de las comunidades indígenas no solo nacionales, sino también del mundo, para mitigar los efectos nocivos del cambio climático, los convierte en verdaderos guardianes de la naturaleza.

Más allá del carácter real de propiedad, sino como parte sagrada de su espiritualidad y relación con el mundo, su concepción de “tierra” ha significado el resguardo de gran parte del patrimonio natural de la humanidad. Sobre este aspecto y, sin entrar a su estudio, es importante reforzar la figura de los guardaparques indígenas, contenida en la Ley Indígena N.º 6172 del 29 de noviembre de 1977, quien, sin reconocimiento por sus labores, intenta hacer lo posible por conservar los distintos ecosistemas.

El *Centre d’Estudis de Dret Ambiental de Tarragona* (CEDAT) pone en contexto la relación, comunidad indígena-cambio climático, indicando: “*Los territorios de los 370 millones de pueblos indígenas del mundo cubren el 24 por ciento de la tierra y guardan el 80 por ciento de la biodiversidad que habita este planeta*”.

Como cierre del presente apartado, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2006) sintetiza el significado integral del derecho indígena, de la siguiente forma:

*Se conoce como Derecho Indígena o Derecho Propio, el conjunto de normas y procedimientos basados en los usos y costumbres, pero no limitados a ellos, que los pueblos indígenas usan para regular sus asuntos internos, como sistema de control*



*social. Este conjunto no solo se limita a las regulaciones referentes a los asuntos contenciosos (solución de conflictos, aplicación de penas por violación de las reglas), sino que incluye regulaciones relativas al manejo territorial (uso y acceso), espiritual y a asuntos de carácter civil y de regulación de las autoridades, en muchos casos difíciles de separar del conjunto de las prácticas culturales cotidianas de estos grupos. Las autoridades que aplican estas regulaciones pueden ser diferentes (centralizadas, segmentarias o mágico religiosas) y concomitantes. Por último, estos derechos por lo general corresponden a tradiciones jurídicas ancestrales de carácter regional, preexistentes a los ordenamientos jurídicos nacionales, que se encuentran con diferentes grados de afectación, cambio y vigencia en los pueblos indígenas de la región. (p. 29)*

## 5. PRIORIZACIÓN DE MODELOS PROPIOS SEGÚN EL ARTÍCULO 221 DEL CPA

A través del artículo 221, el CPA regula el proceso de resolución alterna de conflictos cuando ambas partes sean indígenas o, al menos una de ellas, exponiendo la importancia del tratamiento diferenciado de este instituto procesal y prioriza la aplicación del derecho indígena a través de los modelos propios de cada territorio indígena. Este diálogo intercultural representa una novedad expresa que ninguna otra norma procesal contiene a nivel nacional. Esta evolución normativa adecúa sus disposiciones a una realidad por largo tiempo ignorada, no significando con ello la culminación de los debates y desarrollos constructivos del tema procesal indígena a nivel nacional, sino todo lo contrario.

El artículo en estudio se encuentra ubicado en el Título IX del CPA, denominado *Medios extraordinarios de conclusión del proceso*. Sin embargo, al realizar un examen de su contenido y, en concordancia con las sentencias tanto de la Sala Constitucional, así como del Tribunal Agrario, parece tratarse más bien de una norma de orden genérico.

La norma puede ser aplicada tanto al instituto de la conciliación en materia indígena, así como al proceso en todas sus etapas, cuando alguna parte de este sea una persona indígena. Lo anterior procede en relación con los artículos 1 y 2 de la Ley N. ° 9593, “Ley de Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas de Costa Rica”, publicada el 28 de septiembre de 2018.

El artículo 221 dispone, mediante una priorización del derecho propio indígena, el tratamiento diferenciado, sin indicar el proceso, de los asuntos donde sea parte una persona indígena. Siendo así, resulta de suma importancia poder desmenuzar el artículo desde la definición de sus conceptos para luego poder entrelazarlos y dividirlos bajo tres categorías de estudio o elementos; 1) material, 2) personal y 3) territorial.

El numeral bajo estudio representa un primer desarrollo de coordinación genérica que subsume gran cantidad de derechos establecidos en los convenios internacionales y la normativa nacional. Se trata de una acción positiva que reafirma la necesidad de continuar con las discusiones constructivas sobre la temática indígena. Desde los planos jurídico y político, se requiere la deconstrucción de las estructuras, permitiendo una mayor participación de las comunidades en situaciones de interés directo para ellas.

Comenzaremos citando el numeral 221 del CPA para luego analizar los elementos indicados, contraponiéndolos con las definiciones literales que el propio artículo expone.

**ARTÍCULO 221- Medios alternativos en los casos donde es parte una persona indígena.**

*En los asuntos entre personas indígenas o cuando al menos una parte lo sea, deberán ponerse en práctica prioritariamente los modelos establecidos por los respectivos pueblos indígenas a que pertenecen para la solución de conflictos, conforme al derecho indígena. Además, podrán basarse en dictámenes periciales culturales, cuando resulte necesario.*

*Deberá reconocerse la pertinencia cultural de dichas poblaciones, a fin de que también se protejan sus valores, prácticas sociales y se respete su concepto de justicia, siempre que no se transgredan los derechos humanos. (El subrayado no del original).*

### 5.1 Elemento material

En relación con este elemento, existen límites al conocimiento material por parte de los juzgados agrarios, contenidos en los artículos 1 (competencia genérica) y 2 (competencia específica) del CPA. El primer numeral indica que a la jurisdicción agraria le competirá conocer de los asuntos que se generen con motivo de “*las situaciones y relaciones jurídicas que se susciten con respecto al desarrollo de las actividades de producción agraria de animales, vegetales u otros organismos*”. Contempla también “*las actividades de transformación, industrialización, valorización y comercialización de productos agrarios, su trazabilidad, así como las auxiliares a estas, referidas a actos y contratos propios del ejercicio de la actividad agraria y del desarrollo rural*”.

En cuanto a la competencia material específica del artículo 2, el profesor Carlos Picado Vargas (2020, p. 55) expone: “*En esta norma, hay procesos, procedimientos y pretensiones de todo tipo: algunos propios del procedimiento*

*ordinario, otros de los sumarios, actividad judicial no contenciosa, y hasta procedimientos administrativos, operando el Tribunal Agrario como órgano jerárquico impropio del INDER*”.

Ambos criterios que determinan la competencia material agraria deben ser analizados en los litigios que las personas indígenas presenten en esta jurisdicción, de tal forma, se radique o no, la competencia para conocer del asunto. Al respecto, mediante la sentencia n.º 429 del 24 de julio de 1997, el Tribunal Agrario ha precisado:

*Si bien es cierto, el régimen de la propiedad agraria indígena es una excepción, en cuanto a la propiedad colectiva, no es posible desconocer la posesión legítima que ejercita en nuestro país cada familia indígena. Por ello si no se ha alcanzado una solución administrativa, a través de la Asociación o de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, o si habiéndose alcanzado, se irrespetan los acuerdos, los Tribunales Agrarios en última instancia deberán restablecer los derechos que correspondan, a fin de brindar a la Comunidad Indígena, una tutela adecuada a sus formas culturales.*

Dicho lo anterior y, a manera de ejemplo, no podríamos estar ante un conflicto de competencia material agraria cuando el objeto del litigio sea la determinación de un lindero entre dos propiedades que no cumplen, ni con el criterio funcional, ni con el de vocación agraria del inmueble, aun cuando las partes sean indígenas, y el conflicto se suscite dentro de un territorio indígena legalmente establecido.

Por el contrario, si la competencia material es agraria y, al menos, una de las partes es indígena, se deberá reconocer el modelo de aplicación del derecho consuetudinario de la etnia a la que pertenezcan las partes, a través del instituto de la conciliación indígena o a lo largo del proceso.

La profesora argentina Silvina Ramírez (2015), parafraseando a Clavero (1994), nos comenta sobre el valor del concepto “reconocer”, indicando que, en muchas ocasiones, el reconocimiento de derechos se da por sentado. No se reflexiona sobre el verdadero alcance de su contenido *“El reconocimiento significa mucho más que su literalidad, avanza sobre la preexistencia, discurre sobre la legitimidad de las demandas, se relaciona estrechamente con consideraciones históricas y políticas”* (p.76).

Por otro lado, el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia (2019) define “prioridad” como: *“Anterioridad de algo respecto de otra cosa, en tiempo o en orden”*. Al aplicar ambos conceptos, reconocimiento y prioridad, como deber de la persona juzgadora, el código acentúa el marco de protección de los derechos humanos de las personas indígenas.

La norma establece el deber de aplicar los métodos ancestrales de resolución de controversias, así como las reglas propias consuetudinarias de la comunidad. El límite, tanto para la interpretación, así como para la aplicación, tal cual se ha sostenido en el presente trabajo y que también es regulado por el artículo en estudio, es el respeto a los derechos humanos y la Constitución Política.

El CPA expone que se deberán poner en práctica de forma prioritaria *“los modelos establecidos por los respectivos pueblos indígenas”*. La definición del término “modelo” refiere a: *“Arquetipo o punto de referencia para imitarlo o reproducirlo”*, según el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia (2019).

Como consecuencia de lo anterior, emerge la siguiente interrogante: ¿Es posible replicar o imitar un modelo ancestral indígena de resolución de conflictos por parte de un juzgado ordinario agrario?

Asimismo, nos planteamos otra interrogante: ¿Cómo se adapta el principio de *iura novit curia*, según lo establecido en el numeral bajo estudio? Desde un primer acercamiento, podríamos establecer que las personas juzgadoras sabedoras de un marco jurídico distinto no son especialistas en derecho indígena en la mayoría de los casos. De igual forma, desconocen las tradiciones ancestrales de las comunidades y, por ende, su aplicación a los institutos jurídicos y pretensiones de determinado caso. Otro aspecto de tangencial distanciamiento es el idioma propio de la etnia de las personas que están juzgando.

Atendiendo a las definiciones de los conceptos subrayados, el código expone que, en asuntos entre personas indígenas, se deberá aplicar en primer orden el arquetipo o modelo usado por los pueblos indígenas para dirimir una controversia agraria (siguiendo los criterios competenciales).

El numeral en estudio no establece si se deberá suspender el proceso y realizar una remisión al órgano consuetudinario interno, práctica que sigue la teoría de la jurisdicción propia indígena o, por el contrario, y pese a poder contar como parte a la asociación de desarrollo integral indígena del territorio dentro del proceso, la persona juzgadora agraria replicará el modelo consuetudinario.

Cualquiera de las posibles estructuras procesales implica un apartamiento de los criptotipos preestablecidos por parte de las personas juzgadoras. En caso contrario, se estaría utilizando la normativa consuetudinaria sin variar formalmente el proceso.

No obstante, las discusiones esgrimidas quedan abiertas a los aportes y a las críticas. Con la entrada en vigencia de la nueva normativa, se irán delineando muchos otros aspectos. Desde un plano positivista y garantista, dentro del proceso judicial agrario, se torna imprescindible contar con una norma expresa que avance sobre

el diálogo intercultural. La eficacia y eficiencia de esta serán cuantificadas con respecto a la protección real de los derechos de las poblaciones indígenas, en consideración de sus formas propias de resolución de controversias.

## 5.2 Elemento personal

El elemento personal refiere a la identificación de las partes como personas indígenas, debiendo realizarse un estudio de los presupuestos para que una persona sea considerada como tal. Esta determinación resulta fundamental para la aplicación de las normas y modelos del derecho consuetudinario dentro del litigio agrario, tal como lo establece el artículo bajo estudio al indicar: *“En asuntos entre personas indígenas o cuando al menos una parte lo sea [...]”*.

La tesis seguida dentro del ámbito nacional para la determinación de una persona como indígena implica la coexistencia de dos situaciones: 1) una auto identificación por parte de la persona como indígena de determinada etnia, y 2) un reconocimiento de dicha persona como indígena por parte de la comunidad. La Sala Constitucional refuerza ambos supuestos en la sentencia n.º 1786 de 1993:

*[...] para la inscripción de un indígena como ciudadano costarricense, puesto que aun cuando una comunidad autóctona reconozca un territorio vital no concordante con las fronteras políticas hoy definidas por los Estados, la determinación que hagan los dirigentes de la misma sobre la pertenencia o no de una persona al grupo, permitirá su inscripción. Ello con el fin de que sean las mismas comunidades autóctonas las que definan quienes son sus integrantes, aplicando sus propios criterios y no los que sigue la legislación para el resto de los ciudadanos.*

Si apelamos a una referencia comparada, el estudio denominado *pueblos y comunidades indígenas, comunidades negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y pueblo rrom* introduce una clasificación para la determinación de los pueblos indígenas en Colombia: 1) su permanencia en el tiempo, incluso antes de la llegada de los colonizadores (como contempla el artículo 1 de la Ley Indígena costarricense); 2) el autorreconocimiento, es decir, la persona se autorreconoce como perteneciente a un grupo identitario; 3) el reconocimiento de la comunidad hacia el individuo, como parte de esta; 4) la perpetuación de un modo de vida, preservando las tradiciones, usos y costumbres.

En múltiples litigios agrarios, se han presentado situaciones en las cuales una persona indígena objeta la determinación realizada por la asociación de desarrollo integral del territorio por no considerarla como persona indígena de la etnia. Un señalamiento de este tipo excluye de toda clase de derechos a la persona dentro del territorio. Sobre esta situación, también se visualizan problemas internos sobre cuál autoridad es la competente para dicha precisión (consejos de ancianos, asociación de desarrollo integral, entre otras formas asociativas internas).

Por tanto, es menester que los juzgados agrarios realicen un análisis acerca de si las partes del proceso son indígenas o no cuando exista controversia sobre dicho aspecto. Deben indicarse los criterios utilizados para dicha determinación, y si es necesario, el requerimiento de un peritaje cultural para tal efecto (ver sentencia n.º 00453 del 20 de mayo de 2013, Tribunal Agrario).

El no diligenciamiento del peritaje cultural para esta situación, traducido en una falta de fundamentación o errónea aplicación del derecho propio consuetudinario, ha sido motivo de revocatorias de sentencias de primera instancia,

retrotrayendo el proceso y ordenando la realización de un peritaje cultural para dichos fines.

Así pues, la Ley Indígena en su artículo primero, menciona: *“Son indígenas las personas que constituyen grupos étnicos descendientes directos de las civilizaciones precolombinas y que conservan su propia identidad”*.

En Costa Rica, según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC, 2013), la población indígena asciende a 104 143 personas, representando un 2,42 por ciento de la población total del país.

La población indígena está conformada por ocho etnias, distribuidas en 24 territorios a lo largo del país. Según Borge (2012): “un 35 por ciento vive dentro de sus reservas (denominación legal) o territorios indígenas (auto denominación) y un 65% fuera de ellos. La población indígena asentada en sus tierras se concentra en una extensión total de 334 447 hectáreas” (p. 7).

Otro aspecto que se debe considerar en los procesos agrarios donde una persona indígena sea parte se encuentra en los artículos 28 y 33 del CPA. Por un lado, el numeral 28 indica que las asociaciones de desarrollo integral de los territorios indígenas serán parte por disposición legal en los conflictos derivados de: “derecho indígena, derechos e intereses de sus poblaciones y sus territorios”.

El artículo 33 expone que serán litisconsortes necesarios en procesos donde intervenga: “una comunidad indígena o persona de esa comunidad, o se relacionen las pretensiones con sus territorios o intereses y derechos de esa población”.

Como resultado de lo anterior, en todos los procesos donde sea parte una persona que se autoidentifique como indígena de determinada etnia deberá ser parte la asociación de desarrollo integral del

territorio que ocupa dicha comunidad, ya sea que la persona habite dentro del territorio indígena o no. Así, se emplazará a la ADI para que se refiera sobre el conflicto, pudiendo interponer las acciones necesarias en representación de la comunidad.

La discusión del elemento personal que caracteriza el artículo 221 del CPA, en términos procesales, se materializa cuando una persona dentro del litigio no es indígena, y el conflicto se desarrolla fuera del territorio legalmente constituido. El código no hace una excepción en cuanto a la priorización de las normas consuetudinarias y modelos propios indígenas de resolución de conflictos, sino todo lo contrario.

Como reseña a otras legislaciones que sirvan de ejemplo para ampliar la discusión, Colombia ha desarrollado tesis jurisprudenciales que admiten la aplicación del derecho consuetudinario desde la óptica de “validez personal de las normas indígenas”. En un caso como el comentado en el párrafo anterior, la autoridad indígena no se arrogaría competencia para conocer del asunto.

Por otra parte, en Bolivia (artículo 2 constitucional) y Ecuador (artículo 171 constitucional), se sigue el principio de territorialidad, dándoles competencia a las autoridades propias indígenas para juzgar a un no indígena, siempre y cuando el conflicto haya acaecido en su territorio, arrogándose dicha competencia. (Martínez, 2012, p. 33).

Al respecto Ruiz y Donoso (2014) comentan:

*Además, aun cuando ciertas personas hayan dejado de compartir la cultura o las prácticas tradicionales de su otrora grupo, ello no es suficiente para negar los derechos que al grupo asisten. Finalmente, los conflictos entre la comunidad y sus integrantes o ex integrantes es una cuestión que, en principio, debe ser resuelta por la propia comunidad.*

El panorama anterior, a nivel nacional, presenta varios posibles escenarios, entre ellos: 1) que las normas propias de la comunidad solo afecten a las personas no indígenas basándose en el principio de territorialidad; es decir, si el conflicto ocurre dentro del territorio, y 2) que aun cuando el conflicto ocurra fuera del territorio comunitario, porque alguna parte es una persona indígena, las normas consuetudinarias de la etnia respectiva serán aplicables al proceso (en apariencia la tesis del CPA).

Cuando los hechos ocurren fuera de un territorio indígena, el escenario procesal para la persona no indígena que presenta un litigio agrario contra otra que sí lo es genera incerteza a la hora de interpretar y aplicar el artículo 221.

Las normas consuetudinarias de cualquier comunidad indígena fueron creadas para propiciar la paz social dentro de su territorio, no así para amparar cualquier actuación privada de un o una miembro de la comunidad que solo afecte su esfera personal o patrimonial. Mediante la sentencia n.º 01131 del 19 de diciembre del 2018, el Tribunal Agrario indica:

*El mismo demandado en su escrito de contestación, se refiere a la condición de no indígena del actor; lo cual no ha sido controvertido por éste al contestar la respectiva audiencia. Partiendo de esta circunstancia, no le sería de aplicación a este interdicto la norma indígena citada en cuanto a que su resolución sea emitida por el gobierno local indígena representado por la Asociación Indígena Kekòldi. La intervención de esta Asociación lo es para la resolución de conflictos surgidos entre indígenas miembros de esa comunidad, no así para litigios entre no indígenas, tal y como ocurre en este caso.*

En correspondencia con lo analizado en el presente subcapítulo, el escenario donde ambas partes son indígenas de una misma etnia facilita la aplicación de la normativa propia común dentro de la litis agraria. Por otro lado, los conflictos entre indígenas y no indígenas o indígenas de distintas etnias resultan de una mayor complejidad, dado que el código no establece ni excluye los parámetros de aplicación en dichos supuestos.

### 5.3 Elemento territorial

Habiendo analizado los elementos material y personal, debemos preguntarnos si el elemento territorial resulta esencial para la aplicación correcta o más ajustada de los conceptos que se han ido desarrollando en este trabajo, en correspondencia con el artículo 221 del CPA.

No se trata de discutir sobre la relación entre las comunidades indígenas y sus territorios ancestrales, a sabiendas de que representan una conexión espiritual de gran trascendencia en sus cosmovisiones, sino de analizar este elemento desde el plano procesal y su importancia dentro de un litigio agrario.

Como se ha discutido, el territorio no solo incide en la determinación de la competencia territorial del juzgado agrario al que las partes someten el asunto, sino también arrastra el derecho indígena de cada etnia, en el supuesto de que son personas indígenas pertenecientes a diversas comunidades. En algunos casos, estas comunidades son vecinas geográficamente, pudiendo existir controversias sobre cuál derecho consuetudinario se deberá aplicar o si se podrán asimilar ambos en un mismo litigio.

Así, por ejemplo: en un litigio donde una persona es de la etnia Bribri y otra de la etnia Cabécar, ambos territorios colindantes dentro del cantón de Talamanca de la provincia de Limón, ¿se aplicará el principio de territorialidad para saber

cuál derecho consuetudinario se debe priorizar? o ¿se podrán armonizar todos los derechos en un mismo litigio? En definitiva, desde el análisis procesal, resulta primordial poder resolver este tipo de situaciones, de tal forma que se garantice a las partes del proceso una correcta aplicación de la normativa nacional, de acuerdo con las normas propias indígenas y el derecho internacional.

Mediante la sentencia n.º 00581 del 30 de julio del 2019, el Tribunal Agrario analiza un litigio entre indígenas de diferente etnia, referido a un proceso ordinario agrario de mejor derecho de posesión. El objeto del proceso es un terreno ubicado en el territorio indígena Boruca del cantón de Buenos Aires de la provincia de Puntarenas. Al respecto, el Tribunal Agrario indica:

*A la luz de la normativa que rige el traspaso de tierras ubicadas en territorios indígenas, y el régimen de propiedad que opera en tales territorios habida cuenta de las particularidades culturales de los diversos grupos étnicos, resulta un hecho relevante y medular la determinación acerca de la pertenencia de las partes involucradas a la comunidad indígena de Boruca, región geográfica donde se ubica el fundo. Ello es así porque de esto depende la procedencia o no del reclamo.*

Atendiendo a la prueba del expediente, el Tribunal Agrario expone en su considerando VI: “En este caso particular, no hay ninguna duda en cuanto a que el inmueble objeto de litigio, se localiza dentro del territorio indígena de la Comunidad de Boruca y se trata de un hecho no controvertido. Como tal se rige por la legislación indígena y sus usos y costumbres”.

Lo anterior reafirma la tesis del presente trabajo, dirigiéndose hacia una solución fundamentada en el derecho consuetudinario del territorio donde se presenta el litigio, principio de territorialidad, en

el cual haya personas de la misma etnia, de distinta etnia o alguna persona que no sea indígena.

Mediante la resolución n.º 01816 del 5 de diciembre de 2012, de manera esclarecedora, la Sala Tercera confirma la sentencia del Tribunal del Segundo Circuito Judicial de la Zona Atlántica, sede Siquirres:

*Acorde con lo expuesto, no se aprecia que el Tribunal en su voto de mayoría errara en la aplicación del marco jurídico sustantivo referente a las poblaciones indígenas, interpretación que coadyuva en la comprensión sobre las razones del por qué se está ante la comisión del delito de estafa por parte de los encartados.*

La anterior sentencia de la Sala Tercera se desarrolla a través de un análisis de los elementos que conforman el territorio indígena de una etnia determinada y cómo ello influye en las decisiones que pueda tomar la comunidad u órganos representativos sobre las situaciones que sucedan dentro de su territorio. Principalmente, para lo que interesa al presente estudio, la Sala Tercera reafirma el derecho consuetudinario que debe prevalecer fundamentando dicha consideración en el principio de territorialidad.

Como elemento que determina cuál derecho propio se debe priorizar por parte de los juzgados ordinarios, el principio de territorialidad va ligado a otras expresiones de los pueblos indígenas que son de gran importancia. Así, en la sentencia anteriormente referida, miembros de la comunidad Nairi-Awari plantearon por qué una persona, aun siendo indígena, no le asistía el derecho de posesión sobre tierras de su comunidad, mencionando:

*Ello implica, como bien lo dijeron los testigos indígenas ya referidos recibidos durante el juicio, que se comparta el mismo*

*idioma, porque es a través del lenguaje que los indígenas han venido transmitiéndose de generación en generación sus costumbres y tradiciones, resultando incompatible con el respeto a dicho acuerdo, que una persona que ni siquiera hable su idioma y que por ende no ha aprendido, comprendido e incorporado sus normas dentro de su esquema de valores, llegue a ejercer posesión de sus tierras procedente de otras comunidades (aunque sean indígenas como bien lo aclararon los testigos), cuando ni siquiera viven ni entienden sus tradiciones, porque ni siquiera entienden su idioma.*

Resumiendo lo planteado en este apartado, el criterio de territorialidad resulta esencial para la determinación sobre cuál derecho consuetudinario se debe aplicar en casos donde ambas partes sean indígenas; pero de diferentes etnias, siendo una regla no contenida dentro del artículo en estudio. El mismo criterio podrá ser aplicado para los litigios agrarios entre personas indígenas y no indígenas, como se subrayó en el apartado anterior. Según los argumentos expuestos, parece que el uso del numeral 221 del CPA se limitaría únicamente a los casos donde el conflicto ocurra en un territorio indígena legalmente constituido.

Lo anterior no excluye, ni mucho menos, la aplicación de toda la normativa nacional y convencional de protección de los derechos de las personas indígenas, así como las reglas prácticas de acceso a la justicia de estas poblaciones, para los asuntos judiciales donde las partes son personas indígenas. El análisis refiere únicamente a la aplicación y priorización del derecho consuetudinario y del modelo propio de resolución de conflictos, según lo preceptuado por el numeral bajo estudio y previo análisis de los elementos ya analizados: material, personal y territorial.

## 6. CONCLUSIONES

Al analizar el artículo 221 del CPA a la luz de la garantía constitucional del pluralismo jurídico, se abona la labor de resolver, equilibrar y promover nuevas soluciones al tan distinto panorama socio-jurídico que presentan las sociedades modernas. Se evidencian múltiples consecuencias positivas de su regulación, así como se señalan asuntos que, a nuestro criterio, deben ser definidos para una real efectividad de la norma.

Dentro de este mosaico de diferentes contextos, al que podríamos denominar como un mosaico intercultural, se gestan diversas acciones positivas que tratan de encontrar tesis pacifistas sobre la coexistencia de distintos modelos de administración de justicia, basados en diálogos. Estos mecanismos dialógicos aportan a la resuelta integral y participativa de las controversias entre personas indígenas o asuntos territoriales comunales, teniendo como fin el respeto de los derechos fundamentales desde una visión de cultura.

El derecho indígena presenta elementos característicos de suma particularidad, los cuales han sido desarrollados por la Sala Constitucional, otras salas de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Agrario. Estas sentencias fungen como diálogos implícitos, como referencia propia y fuente de derecho para las autoridades propias consuetudinarias por medio de procesos de interiorización selectiva, con fundamento en las costumbres de sus etnias.

Los peritajes culturales y antropológicos son prueba fundamental para poder analizar determinadas características culturales de los diversos pueblos indígenas que inciden directamente en la resolución de un litigio agrario. Estos peritajes son de gran importancia para el caso judicial; pero además cuando son ejecutados de manera inclusiva haciendo partícipe a la comunidad, se convierten en herramientas que



respaldan las prácticas sociales culturales de la etnia en estudio. En muchas ocasiones, recopilan información pérdida o muy difuminada dentro de la memoria cultural de la comunidad, producto de tantas y diversas agresiones foráneas sobre sus modos de vida.

El Código Procesal Agrario regula la conciliación indígena de manera expresa, exponiendo la importancia del tratamiento diferenciado de este instituto procesal, priorizando la aplicación del derecho indígena y de los modelos de resolución de conflictos propios. De esta forma, se pueden ejercer acciones de acercamiento y diálogos entre ambos sistemas de administración de justicia, los cuales pueden conllevar a enriquecedoras discusiones sobre la propia aplicación cultural del artículo 221, en consonancia con el principio de supremacía de la Constitución Política y del resguardo de los derechos humanos de las personas indígenas.

El artículo 221 del CPA emerge como un punto de referencia dentro de los litigios agrarios, a sabiendas de que, en esta jurisdicción, se tramita un gran número de asuntos donde las partes son personas indígenas, significando una acción positiva que evidencia el respeto hacia la pertinencia cultural de estas poblaciones.

El numeral en estudio no da por terminadas las enriquecedoras discusiones sobre la temática indígena costarricense, sino mas bien las nutre. Brinda la apertura para empezar a delinear de mejor manera las relaciones interculturales entre los diversos modos de administración de justicia, debiendo garantizar el respeto a las cosmovisiones de las poblaciones indígenas.

Es imperiosa una mayor flexibilidad de los criptotipos por parte de las personas juzgadoras, los cuales, en múltiples ocasiones, condicionan la aplicación de diálogos entre los sistemas jurídicos. Se debe dar un real respeto a las estructuras

internas comunitarias, a sus reglas y principios consuetudinarios y no se debe aplicar el derecho nacional con matices indígenas. Aunque ello signifique la deconstrucción del esquema clásico de un proceso judicial determinado que, bajo una interpretación, se podría decir extensiva del principio de informalismo de las formalidades, daría mayor validez al artículo primero de la Constitución Política y a la variada doctrina y jurisprudencia pluralista.

La amplitud que evidencia el artículo estudiado genera algunas interrogantes específicamente referidas a los elementos, personal y territorial, así como a su ubicación dentro del CPA, siguiendo la literalidad del artículo. Su ubicación no es una simple referencia, sino que implica una obligación o una facultad sobre su aplicación. Pese a estar contenido dentro del título IX como un proceso de conciliación indígena (principio de autonomía de la voluntad), ciertamente se extrae de la norma su carácter imperativo (principios de legalidad, debido proceso, entre otros), en cuanto al deber de priorizar los modelos propios y el derecho consuetudinario en asuntos donde al menos una persona sea indígena.

Se concluye que la intención del legislador fue brindarle un mayor respaldo jurídico a la pertinencia cultural de los diversos pueblos indígenas del país. Sin embargo, no podríamos establecer que el propio artículo presenta una claridad suficiente para valerse por si mismo en su aplicación dentro del proceso. Es decir, genera grandes interrogantes por los verbos utilizados dentro del numeral en estudio, su ubicación dentro del código y su apertura en cuanto a la utilización de las normas consuetudinarias para casos donde una persona no indígena sea parte, y se desarrolle el conflicto fuera de un territorio indígena legalmente constituido.

Por último, se deben fomentar las investigaciones jurídicas e interdisciplinarias, (documentales-

empíricas y de derecho comparado), de tal forma se abone a la deconstrucción y construcción de las estructuras jurídicas y políticas que han impedido una correcta e inclusiva aplicación de toda la normativa indígena, nacional y convencional. La creación de una jurisdicción propia indígena, a través de su constitucionalización, será el primer gran paso por la autonomía indígena nacional.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- 1) (2006). *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: Guía para la atención especializada por parte de las oficinas del Ombudsman* / Instituto Interamericano de Derechos Humanos. -- San José, C.R.: IIDH. Ariza, Rosembert.; Martínez, Juan Carlos; Padilla, Guillermo; Regalado, José; y Valiente, Aresio. (2012). *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*. Fundación Konrad Adenauer. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica.
- 2) Borge, C. (2012). *Cuarto informe del estado de la educación. Informe final*. Costa Rica: Estado de la educación en territorios indígenas. San José, Costa Rica: Estado de la nación en desarrollo humano sostenible. Recuperado de [http://estadonacion.or.cr/files/biblioteca\\_virtual/educacion/004/borge\\_educacion\\_indigena.pdf](http://estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/educacion/004/borge_educacion_indigena.pdf)
- 3) Borghi, Marco. (1996). *La protección de los derechos culturales, desde los límites del modelo suizo hasta la formulación de una declaración universal, en derechos culturales*. Pontificia Universidad Católica del Perú- Universidad de Friburgo. Lima-Perú, p. 17.
- 4) Carvajal, V., Cubillo, K A., y Vargas, M. (2017). Poblaciones indígenas de Costa Rica y su acceso a la educación superior. *Revista Electrónica Educare*, vol. 21, núm. 3. Universidad Nacional. DOI: 10.15359/ree.21-3.21
- 5) *Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona (CEDAT). Boletín Informativo n.º 95, diciembre de 2017*. Editorial Tarragona. Recuperado de [http://www.cedat.cat/media/upload/pdf/diciembre\\_pag\\_1235\\_2.pdf](http://www.cedat.cat/media/upload/pdf/diciembre_pag_1235_2.pdf)
- 6) Chacón Castro, R. (2005). *Derecho de los pueblos indígenas en Costa Rica. (Aproximación jurídica)*. 1 ed. Costa Rica. Instituto de Investigación Jurídicas.
- 7) Chacón, R. (1985). El sistema jurídico indígena en Costa Rica: una aproximación inicial. *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. N.º 1. San José, C. R. v., 23 cm.
- 8) Clavero, Bartolomé. (1995). *Derecho indígena y cultura constitucional en América. México*: Editorial Siglo XXI, 210 pp.
- 9) De Saousa Santos, Boaventura. (2012). *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Editorial: Madrid. España: Editorial Trotta, S. A.
- 10) Díaz Revorio, Francisco Javier. (2017, julio 27). ¿Que es la ponderación? Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=odxqy1K6ENQ>.
- 11) Enfoque étnico. Pueblos y comunidades indígenas, comunidades negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y pueblo rrom. Recuperado de <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/enfoqueetnico.PDF>.

- 12) Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores.
- 13) (2001). *Guía legal para los pueblos indígenas de la región brunca* – Costa Rica. Comp. Rubén Chacón Castro. --1ª. ed.-- San José, C. R.: Impresora Gossestra Intl. S.A. <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2014/acceso-a-la-justicia-completo-2006.pdf>
- 14) (2010). Instituto Interamericano de Derechos Humanos Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena Colombia/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. -- San José, C.R. : IIDH.
- 15) Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC). (2013). *X Censo nacional de población y VI de vivienda 2011. Territorios indígenas. Principales indicadores demográficos y socioeconómicos*. San José, Costa Rica: autor. Recuperado de [http://www.uned.ac.cr/extension/images/ifcmdl/02.\\_Censo\\_2011.\\_Territorios\\_Indigenas.pdf](http://www.uned.ac.cr/extension/images/ifcmdl/02._Censo_2011._Territorios_Indigenas.pdf)
- 16) Iturralde G, D. (2019). Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Vol. 41, 17-47. <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1411/revista-iidh41.pdf>
- 17) Picado Vargas, Carlos Adolfo. (2020). *Curso básico de derecho procesal agrario*. Primera edición. San José, Costa Rica: IJSA.
- 18) Ramírez, Silvina. (2015). *Matriz constitucional, Estado intercultural y derechos de los pueblos indígenas*. 1ed.- Buenos Aires: Ad-Hoc.
- 19) Ripoll López, Sergio; Muñoz Ibáñez, Francisco Javier. (2002). *Conceptos generales de cazadores-recolectores. Economía, sociedad e ideología de los cazadores-recolectores*. (1ª edición). Universidad Nacional de Educación a Distancia: España. p. 17.
- 20) Rodríguez, Columba del Carpio. (2011). *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Departamento de Derecho Constitucional. Granada: Editorial de la Universidad de Granada.
- 21) Ruiz-Chiriboga, O.-R., Donoso Roman, G. (2014). *Pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: fondo y reparaciones*. In C. Steiner & P. Uribe (Eds.). *Convención Americana sobre Derechos humanos: comentario*. La Paz, Bolivia: KAS, (pp. 947–1026).
- 22) Soto A, M; Pacheco H. D. (2014). El peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal, por el respeto de la identidad cultural de los pueblos indígenas. *Revista Jurídica IUS Doctrina*, n.º 11, Universidad de Costa Rica. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/16822/16326>.
- 23) Stavenhagen, R. (2004). *Los derechos humanos y las cuestiones indígenas. Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. Consejo Económico y Social. Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. 60º período de sesiones.

## SENTENCIAS

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 020139, 11 de diciembre de 2014.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 10554, 9 de agosto de 2013.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 1786, 21 de abril de 1993.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 01816, 5 de diciembre de 2012.
- Tribunal Agrario, sentencia n.º 00453, 20 de mayo de 2013.
- Tribunal Agrario, sentencia n.º 00581, 30 de julio de 2019.
- Tribunal Agrario, sentencia n.º 01131, 19 de diciembre de 2018.
- Tribunal Agrario, sentencia n.º 00304, 29 de marzo de 2006.

# ¿PROTEGIENDO CONTRA LA DEVOLUCIÓN? DESACIERTOS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA

LL. M. Víctor Alonso Vargas Sibaja\*

## RESUMEN

*Este artículo pone de relieve errores en la interpretación del concepto y de los alcances del principio de non-refoulement en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica. El artículo evalúa dos precedentes del tribunal que desaplican el principio de non-refoulement y avalan el rechazo de dos solicitantes de refugio en la frontera. Finalmente, establece conclusiones en relación con la aplicación extraterritorial de la no devolución, la inadmisibilidad jurídica de las políticas de escisión territorial para desconocer o aplicar en forma diferida las obligaciones de garantizar y respetar los derechos humanos a solicitantes de refugio y personas refugiadas en ciertas partes del territorio nacional y la aplicación plena del principio de no rechazo en frontera a personas solicitantes de refugio.*

**Palabras clave:** non-refoulement, refugio, jurisdicción, derechos humanos, protección complementaria.

PROTECTING AGAINST REFOULEMENT? ERRORS IN THE JURISPRUDENCE OF THE  
CONSTITUTIONAL CHAMBER OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF COSTA RICA.

## ABSTRACT

*This article highlights misinterpretations of the meaning and scope of the principle of non-refoulement in the jurisprudence of the Constitutional Chamber of Costa Rica. It examines two judgments that disregard the principle of non-refoulement and allow the rejection of two asylum-seekers at the border. Finally, it sets out conclusions regarding the extraterritorial application of the principle of non-refoulement, the voidness of territorial excision policies aimed at denying or limiting the obligations to guarantee and respect human rights of asylum-seekers and refugees in certain areas within a country's borders, and the applicability of the principle of non-rejection to asylum-seekers at the border.*

**Keywords:** non-refoulement, asylum, jurisdiction, human rights, complementary protection.

Recibido 11 de agosto 2020-

aprobado 12 de agosto de 2020

---

\* Asesor legal en HIAS Costa Rica, una ONG que brinda servicios legales gratuitos a personas solicitantes de refugio y refugiadas. Cuenta con una maestría (LL. M.) en Derecho Internacional por la Universidad de Cambridge y una licenciatura en Derecho con honores por la Universidad de Costa Rica. Sus trabajos académicos han sido publicados en prestigiosas revistas como el *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* y abarcan diversos temas del derecho internacional como apatridia, pueblos indígenas, crímenes internacionales y derechos de la población LGBTIQ+. victorvs93@gmail.com.

## I. Introducción

El principio de no devolución que recoge el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 ha adquirido un grado de aceptación universal, al punto de cristalizar una existencia autónoma como una norma del derecho internacional consuetudinario<sup>1</sup> y como norma de carácter *jus cogens*<sup>2</sup>. El principio ha sido reconocido como la piedra angular del derecho internacional de los refugiados por tribunales internacionales de derechos humanos<sup>3</sup> e, inclusive, por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia<sup>4</sup>.

Este principio ha llevado a la Sala Constitucional a establecer que la declaratoria de la condición de persona refugiada da por terminado el proceso de extradición contra la persona internacionalmente protegida, pues no puede extraditarse a una persona a un país donde corre peligro de ser perseguida<sup>5</sup>.

A pesar de su estatus privilegiado, en nuestro ordenamiento jurídico, existen algunos precedentes de nuestro Tribunal Constitucional que sugieren una interpretación errónea del contenido y alcances de la no devolución.

Este artículo pretende poner de relieve algunos de estos desaciertos a partir del análisis de dos precedentes de la Sala Constitucional. Primero, define los alcances del principio de no devolución en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Posteriormente, evalúa dos precedentes de la Sala Constitucional donde desaplica el principio de *non-refoulement* y avala el rechazo de dos solicitantes de refugio en frontera. Finalmente, establece conclusiones en relación con la aplicación extraterritorial al principio de *non-refoulement*, la inadmisibilidad jurídica de las políticas de escisión territorial para desconocer o aplicar en forma diferida las obligaciones de garantizar y respetar los derechos humanos en ciertas partes del territorio nacional y la aplicación plena del principio de no rechazo en frontera a personas solicitantes de refugio.

- 1 Declaration of States Parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 16 January 2002, HCR/MMSP/2001/09, para. 4, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d60f5557.html>. United Nations High Commissioner for Refugees, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2007), para. 14, disponible en <https://www.refworld.org/docid/45f17a1a4.html>.
- 2 Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. United Nations High Commissioner for Refugees, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2007), para. 12, disponible en <https://www.refworld.org/docid/45f17a1a4.html>. Relatoría especial sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias. *Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio* (Organización de los Estados Americanos, 2001), para. 97.2, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/2181.pdf>. Alice, Farmer. “Non-refoulement and jus cogens: limiting anti-terror measures that threaten refugee protection”. *Georgetown Immigration Law Journal*, 23, 1 (2008): 37-38.
- 3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas: caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. 25 de noviembre de 2013. Serie C 272, párr. 151.
- 4 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de *habeas corpus*: voto 10093-2008”. 25 de julio de 2008, 9:29 a.m. (expediente 08-010104-0007-CO). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de *habeas corpus*: voto 11576-2008”. 25 de julio de julio de 2008, 9:29 a.m. (expediente 08-010093-0007-CO).
- 5 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de *habeas corpus*: voto 10093-2008”. 25 de julio de 2008, 9:29 a.m. (expediente 08-010104-0007-CO). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de *habeas corpus*: voto 11576-2008”. 25 de julio de julio de 2008, 9: 29 a.m. (expediente 08-010093-0007-CO).

## II. El principio de *non-refoulement* en el sistema interamericano de protección de derechos humanos

El derecho a buscar y recibir asilo tutelado en el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos comprende la protección del asilo bajo el estatuto de refugiado consagrado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951<sup>6</sup>. Su configuración como un derecho específico bajo la Convención Americana permite acudir tanto a las reglas propias de este tratado como a la Convención de Ginebra para establecer el cumplimiento de los derechos y obligaciones de los Estados en relación con las personas solicitantes de refugio o refugiadas.

Por ejemplo, en el caso familia Pacheco Tineo contra Bolivia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos acudió a las fuentes, principios y criterios del derecho internacional de los refugiados para valorar la conformidad de las conductas del Estado plurinacional de Bolivia con la Convención Americana al expulsar a la Familia Pacheco Tineo de Bolivia<sup>7</sup>.

En opinión de Hathaway, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados es un tratado

de derechos humanos<sup>8</sup> y, para interpretar sus normas, puede buscarse orientación en el derecho internacional de los derechos humanos que es parte de su contexto, según lo establece el propio preámbulo de la Convención<sup>9</sup>.

En efecto, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha establecido que el término persecución de la Convención de 1951 requiere una demostración de privación seria de derechos fundamentales,<sup>10</sup> cuya identificación y contenido se realizan a partir de las normas del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Las anteriores consideraciones permiten establecer que la interpretación del contenido y de los alcances del principio de *non-refoulement* debe hacerse atendiendo a las normas tanto del derecho internacional de los refugiados como del derecho internacional de los derechos humanos.

El principio de no devolución en refugio impone la obligación en los Estados de no devolver, expulsar o “*poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión,*

6 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, artículo 22.7. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-25/18 “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección”. 30 de mayo de 2018, párr. 156.

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas: caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. 25 de noviembre de 2013. Serie C 272, párr. 143.

8 James C., Hathaway. *The Rights of Refugees under International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 64.

9 James C., Hathaway y Thomas, Gammeltoft-Hansen. “Non-refoulement in a World of Cooperative Deterrence”. *Columbia Journal of Transnational Law*, 53, 2 (2015): 258.

10 United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection under the 1951 Convention and the 1967. Protocol relating to the Status of Refugees* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2019), para. 51. United Nations High Commissioner for Refugees. *Guidelines on International Protection n.º 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the status of Refugees* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2012), párr. 16. United Nations High Commissioner for Refugees. *Guidelines on International Protection N.º 8: Child Asylum Claims under Articles 1A(2) and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the status of Refugees* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2009), párr.10.

*nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas*”<sup>11</sup>.

En el sistema interamericano de protección, la no devolución también protege a las personas que cumplen con los criterios de inclusión de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984<sup>12</sup>. Por el carácter declarativo del reconocimiento de la condición de persona refugiada, la prohibición también cubre a aquellas personas solicitantes de refugio<sup>13</sup>.

Cuando la Convención alude a “poner en modo alguno”, entiende que cualquier forma de remoción forzosa de una persona protegida está cubierta por esta prohibición<sup>14</sup>. Esto puede incluir la deportación, la expulsión, la extradición, la no admisión, la interceptación en aguas internacionales, el traslado informal y el rechazo en frontera<sup>15</sup>.

La textura abierta del artículo 33 de la Convención sugiere que el listado de conductas estatales que pueden considerarse como remoción forzosa es

un *numerus apertus*, tesis avalada por la Sala Constitucional.

En la sentencia 16610-2019<sup>16</sup>, la Sala Constitucional conoció de un recurso de *habeas corpus* interpuesto por dos solicitantes de refugio estadounidenses – una mujer y su hijo menor de edad – contra el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia y el Tribunal de Familia. Ambas autoridades judiciales habían ordenado la restitución internacional de la persona menor de edad a su país de origen –Estados Unidos de América– con su ente persecutor. La Sala determinó que no podía ejecutarse materialmente la restitución porque la amparada era solicitante de refugio, y el principio de *non-refoulement* la protegía contra toda remoción forzosa a su país de origen mientras tuviera solicitud de protección internacional pendiente o si era declarada como persona refugiada. Con base en estas consideraciones, la Sala Constitucional declaró parcialmente con lugar el recurso y anuló las resoluciones de las autoridades judiciales que habían ordenado la restitución internacional. Con

11 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 de julio de 1951, artículo 33.

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-25/18. “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección”, 30 de mayo de 2018, para. 132. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de *habeas corpus*: voto 10093-2008”, 25 de julio de 2008, 9:29 a.m. (expediente 08-010104-0007-CO). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de *habeas corpus*: voto 11576-2008”, 25 de julio de 2008, 9:29 a.m. (expediente 08-010093-0007-CO).

13 United Nations High Commissioner for Refugees, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2007), párr. 6, disponible en <https://www.refworld.org/docid/45f17a1a4.html>. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas: caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. 25 de noviembre de 2013. Serie C 272, párr. 145 y 153. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de *habeas corpus*: voto 12926-2017”, 18 de agosto de 2017, 9:30 a.m. (expediente 17-008978-0007-CO).

14 United Nations High Commissioner for Refugees. *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2007), párr 7, disponible en <https://www.refworld.org/docid/45f17a1a4.html>. Alice, Farmer. “Non-refoulement and *jus cogens*: limiting anti-terror measures that threaten refugee protection”. *Georgetown Immigration Law Journal*, 23, 1 (2008): 5-6.

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-25/18. “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección”. 30 de mayo de 2018, párr. 190.

16 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de *habeas corpus*: voto 16610-2019”. 30 de agosto de 2019, 2:04 p.m. (expediente 19-010916-0007-CO).



este precedente, la Sala confirma que la tipología de conductas cubiertas por la prohibición de devolución es abierta.

La restitución internacional de menores no es una forma de devolución expresamente prevista por la Convención de 1951, tampoco por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha elaborado sobre el tema. Sin embargo, es posible entenderla como cubierta por el *non-refoulement*, porque implica remover forzosamente a una persona de una jurisdicción a otra.

El principio de *non-refoulement* también prohíbe la devolución indirecta a un país desde el cual la persona pueda ser retornada a su país de origen<sup>17</sup>. Para evitar la devolución indirecta, el Estado receptor está obligado a valorar si, en ese tercer país, la persona extranjera tendría acceso a procedimientos justos y eficientes para solicitar asilo<sup>18</sup>.

La tendencia de parte de algunos Estados hacia la “desterritorialización” del control migratorio y la externalización de fronteras ha buscado frenar la

migración irregular masiva e, inclusive, evadir el cumplimiento de las obligaciones internacionales en relación con personas solicitantes de refugio y refugiadas<sup>19</sup>.

Hathaway y Gammeltoft-Hansen acuñan el término de políticas de *non-entrée* que son políticas diseñadas y puestas en práctica por ciertos Estados poderosos, cuyo fin es excluir a solicitantes de refugio y evitar que puedan reclamar sus derechos bajo el derecho internacional. Estas políticas se han cristalizado de diferentes formas, incluyendo la interceptación en alta mar y la escisión territorial, *viz.*, al designar ciertas zonas en su territorio como “zonas internacionales”<sup>20</sup>.

En el contexto del principio de *non-refoulement*, estas tendencias han pretendido la negación de toda aplicación extraterritorial del principio. Sin embargo, es una regla firme del derecho internacional de los refugiados que el principio de no devolución tiene aplicación extraterritorial<sup>21</sup>. Contrario a lo que ocurre con otros derechos bajo la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, el principio de no devolución se

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas: caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. 25 de noviembre de 2013. Serie C 272, párr. 153. International Committee of the Red Cross. “Note on migration and the principle of non-refoulement”. *International Review of the Red Cross*, 99, 1 (2017): 349. Bill, Frelick, Ian, Kysel, y Jennifer Podkul. “The impact of externalization of migration controls on the rights of asylum seekers and other migrants”. *Journal on Migration and Human Security*, 4, 4(2016): 199.

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas: caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 25 de noviembre de 2013. Serie C 272, párr. 153.

19 Bill, Frelick, Ian, Kysel, y Jennifer Podkul. “The impact of externalization of migration controls on the rights of asylum seekers and other migrants”. *Journal on Migration and Human Security*, 4, 4(2016): 196-198. Gloria Elena, Naranjo Giraldo. “Desterritorialización de fronteras y externalización de políticas migratorias: flujos migratorios irregulares y control de las fronteras exteriores en la frontera España- Marruecos”. *Estudios Políticos*, 45, (2014): 13-32. Seline, Trevisanut. “The Principle of Non-refoulement and the de-territorialization of border control at sea”. *Leiden Journal of International Law*, 27, (2014): 661-675. Anthea, Vogl. “Over the Borderline: A Critical Inquiry into the Geography of Territorial Excision and the Securitisation of the Australian Border”. *University of New South Wales Law Journal*, 38 1(2015): 114-145.

20 James C., Hathaway y Thomas, Gammeltoft-Hansen. “Non-refoulement in a World of Cooperative Deterrence”. *Columbia Journal of Transnational Law*, 53, 2 (2015): 241 y 245.

21 Seunghwan, Kim. “Non-refoulement and extraterritorial jurisdiction: state sovereignty and migration controls at sea in the European context”. *Leiden Journal of International Law*, 30, (2017): 59.

confiere sin distinción territorial o calificación alguna<sup>22</sup>.

En *Hirsi contra Italia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó el argumento del Estado, según el cual no podía tener obligaciones de no devolución respecto a personas interceptadas en altamar porque no se encontraban bajo su jurisdicción. El tribunal consideró que, aun cuando estas personas no se encontraban en su territorio, se hallaban en su jurisdicción al estar bajo control *de facto* y *de iure* de autoridades italianas<sup>23</sup>.

En el sistema interamericano de protección de derechos humanos está firmemente establecido que la prohibición de no devolución de personas solicitantes de refugio y refugiadas tiene aplicación extraterritorial<sup>24</sup>. Desde el caso del Comité Haitiano de Derechos Humanos contra Estados Unidos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció que la prohibición de devolución era aplicable a las personas haitianas solicitantes de refugio interceptadas por autoridades estadounidenses en altamar<sup>25</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos siguió el mismo criterio en su reciente Opinión Consultiva sobre el asilo donde expresó que el

principio de no devolución gozaba de aplicación territorial; pero también extraterritorial cuando una persona se encontraba bajo la autoridad o control de un Estado<sup>26</sup>.

Como podrá verse en la sección siguiente, existen precedentes de la Sala Constitucional que se enmarcan en la discusión de la aplicación extraterritorial del principio de *non-refoulement* y sugieren algunos desaciertos en la interpretación y aplicación de este principio.

### III. Desaciertos en la interpretación y aplicación del principio de *non-refoulement*

En las sentencias 24462-2019<sup>27</sup> y 24463-2019<sup>28</sup>, la Sala Constitucional conoció el caso de dos ciudadanos chinos procedentes de un vuelo desde Madrid. Ambos sujetos pretendían ingresar al país con una visa consular falsa. Los tutelados no hablaban español. Personas funcionarias de la Dirección General de Migración y Extranjería realizaron entrevistas a los tutelados e investigaron la veracidad de las visas consulares en sus sistemas, así como con el consulado de Costa Rica en Argentina (donde, en apariencia, habían sido otorgadas estas visas). A partir de estas indagaciones, lograron determinar la falsedad de

22 James C., Hathaway y Thomas, Gammeltoft-Hansen. “Non-refoulement in a World of Cooperative Deterrence”. *Columbia Journal of Transnational Law*, 53, 2 (2015): 257-258.

23 European Court of Human Rights, Grand Chamber, Judgment: *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, application number 27765/09, 23 February 2012, paras 79-81.

24 Rodolfo, Marques. (2017). “Non-refoulement under the Inter-American Human Rights System”. *Refugee Law Initiative Working Paper*, 2067.

25 Inter-American Commission of Human Rights. The Haitian Centre for Human Rights *et al.* v. United States, Case 10 675. Report n.º 51/96. Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997), paras. 156-157.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-25/18 “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección”, 30 de mayo de 2018, párr.188.

27 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de *habeas corpus*: voto 24462-2019”. 6 de diciembre de 2019, 9:30 a.m. (expediente 19-022949-0007-CO).

28 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de *habeas corpus*: voto 24463-2019”, 6 de diciembre de 2019, 9:30 a.m. (expediente 19-022950-0007-CO).

las visas consulares y, por ende, rechazaron el ingreso de ambos sujetos a territorio nacional.

Los tutelados interpusieron un recurso de *habeas corpus* contra la Dirección General de Migración y Extranjería. Al dar curso al *habeas corpus*, el tribunal ordenó la suspensión de la ejecución material del rechazo. Durante la sustanciación del recurso, ambos solicitaron refugio en Costa Rica.

En estos casos, la Sala Constitucional declaró que no se había violado ningún derecho fundamenta al dictar el acto administrativo de rechazo, pues se habían respetado las normas y procedimientos dispuestas en la normativa migratoria. En relación con la solicitud de refugio, el tribunal no encontró que se hubieran conculcado derechos fundamentales al rechazar el ingreso de los tutelados al territorio nacional aun con solicitud de protección internacional pendiente. Señaló que no existía un derecho de admitir al territorio nacional a toda persona que solicitara refugio en Costa Rica. En opinión del tribunal, era necesario que los extranjeros pudieran ingresar al territorio nacional para poder solicitar refugio.

En el mismo orden de ideas, el tribunal dispuso que:

*Debe quedar claro que el tutelado no superó el control migratorio (es decir, no fue admitido en Costa Rica), por lo que, al encontrarse en línea de frontera y quedar a disposición de la aerolínea que indebidamente le permitió tomar el vuelo, este Tribunal no considera propio de un habeas corpus pronunciarse sobre el estado de una persona extranjera que formalmente*

*no ha entrado al país y que se encuentra bajo custodia de un sujeto de derecho privado como lo es una aerolínea*<sup>29</sup>.

Las resoluciones de la Sala Constitucional dejan ver una interpretación errónea del principio de no devolución a partir de dos preceptos. En primer lugar, interpreta que el principio no aplica porque las personas extranjeras no se encuentran bajo su jurisdicción territorial. Con ello, la Sala presume que Costa Rica no está obligada a respetar ni garantizar los derechos fundamentales de aquellas personas extranjeras que no superen un control migratorio.

Pero esta conclusión desconoce los alcances de protección del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de los refugiados.

(i) *Interpretación errónea del alcance territorial y extraterritorial del non-refoulement*

El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos les impone a los Estados parte la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Por jurisdicción la Convención no entiende únicamente aquella que sea territorial (es decir, a personas ubicadas en el territorio del Estado), sino también a aquella que ejerce el Estado sobre personas que, de cualquier otra forma, están sometidas a su autoridad, responsabilidad o control<sup>30</sup>.

Se presume la jurisdicción de un Estado sobre una persona ubicada en su territorio, de conformidad

29 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de *habeas corpus*: voto 24462-2019”, 6 de diciembre de 2019, 9:30 a.m. (expediente 19-022949-0007-CO). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de *habeas corpus*: voto 24463-2019”. 6 de diciembre de 2019, 9:30 a.m. (expediente 19-022950-0007-CO).

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 “Medio ambiente y derechos humanos”, 15 de noviembre de 2017, párr. 73, 78 y 81.

con el principio de jurisdicción territorial. Por ejemplo, en el caso *N.D. y N.T. contra España*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que las víctimas se encontraban bajo la jurisdicción del Estado, porque las autoridades españolas mantenían a los inmigrantes aprehendidos en su territorio<sup>31</sup>.

En los supuestos de jurisdicción territorial, el *territorio* es el criterio determinante que hace surgir obligaciones vinculantes de derechos humanos para los Estados. Como se ha indicado, para efectos migratorios, algunos países han tratado de excluir de su territorio ciertas partes de su extensión continental o marítima. Estas escisiones tendrían el fin de volver inoperantes las obligaciones internacionales de derechos humanos en ciertos lugares dentro de las fronteras de un Estado.

Por ejemplo, en Australia, se ha utilizado la política de escisión territorial para excluir del derecho de solicitar refugio a aquellos migrantes irregulares que ingresan por las aguas territoriales de ese Estado o bien de su territorio insular<sup>32</sup>.

Las políticas de escisión territorial también se han utilizado en otros contextos al designar ciertas zonas de los aeropuertos como zonas “internacionales” o “de tránsito”, las cuales, por ficción jurídica, quedan excluidas del territorio del Estado para ciertos fines, como por ejemplo, para efectos del derecho a solicitar refugio<sup>33</sup>.

En opinión del ACNUR, el territorio de un Estado incluye su extensión continental y marítima, así como los puntos de ingreso *de iure*, incluyendo las zonas de tránsito o internacionales de los aeropuertos. Por esta razón, para los efectos de la protección internacional, considera irrelevantes los casos donde una persona haya superado los controles migratorios de un Estado, que haya sido admitida formalmente a su territorio o bien que se encuentre en una zona “escindida”, pues en todos estos casos, ya se encuentra dentro del territorio de ese Estado<sup>34</sup>. Este criterio ha sido acuerpado por la doctrina<sup>35</sup> y la jurisprudencia<sup>36</sup>.

En cuanto a la irrelevancia de la escisión para efectos de la protección internacional, el ACNUR apoya su interpretación en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, pues considera que las políticas

31 European Court of Human Rights, Grand Chamber, Judgment: *N.D. and N.T. v. Spain*, application n.º 8675/15 and 8697/15, 13 February 2020, paras. 104 and 190.

32 Bill, Frelick, Ian, Kysel y Jennifer Podkul. (2016). “The impact of externalization of migration controls on the rights of asylum seekers and other migrants”. *Journal on Migration and Human Security*, 4, 4: 203-206. Anthea, Vogl. (2015) “Over the Borderline: A Critical Inquiry into the Geography of Territorial Excision and the Securitisation of the Australian Border”. *University of New South Wales Law Journal*, 38 1.

33 Robert A., Davidson. (2003). “Introduction: Spaces of Immigration “Prevention”: Interdiction and the Nonplace”. *Diacritics*, 33, 3, 9.

34 United Nations High Commissioner for Refugees, *Legal considerations on state responsibilities for persons seeking international protection in transit areas or “international” zones at airports* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2019), para. 5, disponible en <https://www.refworld.org/pdfid/5c4730a44.pdf>. United Nations High Commissioner for Refugees, *Protection Policy Paper: Maritime interception operations and the processing of international protection claims: legal standards and policy considerations with respect to extraterritorial processing* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2010), footnotes 10 and 43, disponible en <https://www.refworld.org/docid/4cd12d3a2.html>

35 James C., Hathaway. (2005). *The Rights of Refugees under International Law* (Cambridge: Cambridge University Press), 172.

36 European Court of Human Rights, Judgment: *Amuur v. France*, 25 June 1996, application n.º 19776/92, para. 52.

de escisión buscan la elusión de obligaciones internacionales mediante la adopción de normas de derecho interno<sup>37</sup>.

Esta conclusión es jurídicamente plausible tomando en cuenta que la escisión no se acuerda en estos casos para todos los efectos legales en el Estado respectivo, sino para efectos migratorios y con el fin de excluir el derecho a buscar y pedir asilo, un derecho fundamental.

La posición del ACNUR también podría considerarse razonablemente amparada en una interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados conforme al derecho internacional de los tratados. La escisión territorial frustraría el objeto y fin de ambos tratados de tutelar el derecho fundamental a buscar y pedir asilo bajo el estatuto de refugiado.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados reconoce que no todos los solicitantes de protección internacional están en la posibilidad de ingresar de forma regular al territorio de un Estado, por lo que, en su artículo 31, prohíbe toda sanción por ingreso irregular. Con esta prohibición, la Convención busca proteger el derecho a solicitar refugio que ella consagra<sup>38</sup>; pero también protege el derecho a buscar y recibir asilo estipulado en el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>39</sup>.

Si se permite la escisión territorial, los Estados podrían restringir en sus aeropuertos el derecho a solicitar refugio a aquellas personas que hayan ingresado de forma regular al país. Conforme a esta política, en las zonas internacionales o de tránsito, no sería posible solicitar refugio por no encontrarse formalmente en el territorio del Estado. Para poder encontrarse formalmente en el territorio y plantear la solicitud de protección internacional, las personas tendrían que superar el control migratorio en el aeropuerto respectivo. Con este proceder, los Estados tendrían a mano un mecanismo para sancionar el ingreso irregular de solicitantes de refugio y, con ello, frustrar sustancialmente el derecho a solicitar refugio.

En las sentencias 24462-2019 y 24463-2019, la Sala Constitucional parece dar efecto a una teoría de escisión territorial. A pesar de que los tutelados se encontraban en territorio nacional y eran solicitantes de refugio, no consideró “*propio de un habeas corpus pronunciarse sobre el estado de una persona extranjera que formalmente no ha entrado al país*”.

Con ello, la Sala parece sugerir que pueden excluirse obligaciones de derechos humanos respecto de aquellas personas extranjeras ubicadas en las zonas internacionales o de tránsito de aeropuertos en el país. Pero tal conclusión no es jurídicamente plausible. Para todos los efectos de las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de

37 United Nations High Commissioner for Refugees. *Legal considerations on state responsibilities for persons seeking international protection in transit areas or “international” zones at airports* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2019), para. 5, disponible en <https://www.refworld.org/pdfid/5c4730a44.pdf>. United Nations High Commissioner for Refugees, *Protection Policy Paper: Maritime interception operations and the processing of international protection claims: legal standards and policy considerations with respect to extraterritorial processing* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2010), footnotes 10 and 43, disponible en <https://www.refworld.org/docid/4cd12d3a2.html>.

38 United Nations High Commissioner for Refugees, *Legal considerations on state responsibilities for persons seeking international protection in transit areas or “international” zones at airports* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2019), para. 8, disponible en <https://www.refworld.org/pdfid/5c4730a44.pdf>.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-25/18. “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección”, 30 de mayo de 2018, párr. 99.

los refugiados, estas personas se encontraban bajo la jurisdicción de Costa Rica como solicitantes de refugio.

Cuando una persona manifiesta su intención de acogerse a la protección internacional bajo el estatuto de persona refugiada, respecto a ella, se vuelven operativas las prohibiciones de non-refoulement en virtud del carácter declarativo de la condición de persona refugiada<sup>40</sup>. En la especie, los tutelados manifestaron esta intención y, por lo tanto, estaban protegidos contra la devolución.

Adicionalmente, estas personas se encontraban bajo la jurisdicción territorial de Costa Rica. Estaban ubicadas en la zona internacional del aeropuerto, zona que es parte del territorio y es controlada por el Estado costarricense. Es jurídicamente irrelevante si estas personas superaron o no el control migratorio correspondiente en la línea de frontera.

Asumiendo que estas personas no se encontraban en territorio nacional, podrían aun así exigirles al Estado obligaciones de derechos humanos. No es indispensable que una persona esté en el territorio de un Estado para que este pueda ejercer jurisdicción. Una persona también puede estar bajo la jurisdicción extraterritorial de un

Estado cuando está sometida a su autoridad, responsabilidad o control<sup>41</sup>. En el caso de personas solicitantes de refugio y refugiadas, la dimensión extraterritorial de la jurisdicción ha sido afirmada expresamente en la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos<sup>42</sup>.

Aun cuando las personas se encontraran, como en el caso concreto, bajo la custodia de un sujeto de derecho privado, esto no desvirtuaría la existencia de jurisdicción en los términos de la Convención Americana.

Las conductas de un sujeto de derecho privado pueden ser atribuidas a un Estado cuando aquellas actúan bajo las instrucciones, dirección o control estatales<sup>43</sup>. En este caso, la aerolínea actuó bajo instrucciones del Estado costarricense, quien, en los artículos 150 al 152 de la Ley General de Migración y Extranjería, instruye a las aerolíneas a mantener bajo su custodia a aquellas personas que no hayan superado el control migratorio mientras se ejecuta materialmente el rechazo<sup>44</sup>. Y en efecto, este mandato estatal es comprobado por la propia Dirección General de Migración y Extranjería al rendir su informe bajo juramento en el *habeas corpus*.

40 United Nations High Commissioner for Refugees, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2007), para. 6, disponible en <https://www.refworld.org/docid/45f17a1a4.html>. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas: caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 25 de noviembre de 2013. Serie C 272, paras. 145 y 153. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Recurso de *habeas corpus*: voto 12926-2017”, 18 de agosto de 2017, 9:30 a.m. (expediente 17-008978-0007-CO).

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17. “Medio ambiente y derechos humanos”, 15 de noviembre de 2017, párr. 73, 78 y 81.

42 Inter-American Commission of Human Rights, The Haitian Centre for Human Rights *et al.* v. United States, Case 10.675, Report No. 51/96, Inter-Am.C.H.R.,OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997), paras. 156-157. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-25/18 “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección”, 30 de mayo de 2018, párr. 188.

43 International Law Commission. (2001). *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* (New York and Geneva: United Nations, 47).

44 Ley General de Migración y Extranjería, Ley N.º 8764, artículos 150-152.

También es posible confirmar la existencia del control *de iure* y *de facto* en el caso concreto, acudiendo a las normas que definen la aprehensión administrativa. De conformidad con el artículo 41 del Reglamento de Personas Refugiadas:

*La aprehensión administrativa se define por el confinamiento dentro de un sitio estrechamente delimitado o restringido, incluyendo prisiones, campamentos cerrados, instalaciones de detención o zonas de tránsito en los aeropuertos donde la libertad de movimiento está sustancialmente limitada<sup>45</sup>.*

En la especie, los tutelados se encontraban confinados dentro de las zonas de tránsito del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría. No podían abandonar la zona de tránsito, mucho menos el aeropuerto, pues estaban bajo la custodia de la aerolínea. Si bien no hubo un acto administrativo que ordenara la aprehensión contra los justiciables, ello no es jurídicamente relevante para efectos del artículo 41 del Reglamento. Lo jurídicamente relevante es la situación real en la que se encontraban las personas extranjeras. Esta interpretación ha sido apoyada por la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica.

En su *Informe anual de labores* de 2012, el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de la Defensoría documentó el caso de un ciudadano cubano detenido en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría. A su llegada al país, la persona extranjera solicitó refugio, pero las autoridades migratorias la mantuvieron en “tránsito prolongado” en el aeropuerto por un espacio de 51 días mientras se resolvía su solicitud. Con ello, la Dirección General de Migración y Extranjería parecía sugerir que no

podía entenderse que el solicitante se encontrara aprehendido. Sin embargo, la Defensoría de los Habitantes consideró que:

*[...] en términos prácticos su libertad de tránsito fue restringida y únicamente tenía acceso a ciertas áreas dentro del Aeropuerto, en las cuales se movilizaba con custodia. De esta forma, una persona que no puede moverse voluntariamente, y sólo puede hacerlo con custodia, está detenida, restringiéndose así su derecho a la libertad de tránsito<sup>46</sup>.*

(ii) *Interpretación errónea del principio de no rechazo en frontera*

El segundo precepto que evidencia una interpretación errónea del principio de no devolución corresponde al principio de no rechazo en frontera. En ambas resoluciones, la Sala entiende que una persona extranjera que no ha sido admitida formalmente a territorio costarricense puede ser rechazada en la frontera, aun cuando manifieste su intención de solicitar protección internacional.

Con ello, la Sala considera jurídicamente permisible que una persona solicitante de refugio no sea admitida en territorio nacional y sea devuelta al país de origen donde corre el riesgo de ser perseguida. Literalmente dispuso que:

*[...] el amparado había planteado una solicitud de refugio, luego de que se le había rechazado el ingreso al país; es decir, ubicado en línea de frontera sin haber sido admitido en el país. Precisamente, no sería razonable que automáticamente se permita a cualquier extranjero ingresar al país por*

<sup>45</sup> Reglamento de Personas Refugiadas. Decreto Ejecutivo N.º 36831-G, artículo 41.

<sup>46</sup> Defensoría de los Habitantes. (2012). *Informe anual de labores 2012 del mecanismo nacional de prevención de la tortura*. San José, Costa Rica: Defensoría de los Habitantes, 11.

*el hecho de haber planteado una solicitud de refugio; distinto es el caso de las personas que ya se encuentran dentro del territorio nacional y gestionen el reconocimiento de ese estado*<sup>47</sup>.

La Sala Constitucional considera que no es razonable que automáticamente se permita el ingreso de toda persona solicitante de refugio al territorio nacional. Con esta conclusión, el tribunal niega la eficacia territorial del principio de no devolución y del principio de no rechazo en frontera, corolarios del derecho de buscar y recibir asilo consagrado en el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>48</sup>.

Cuando una persona extranjera manifiesta en la frontera su intención de acogerse a protección internacional, el Estado receptor queda obligado a valorar si la persona corre algún peligro de persecución si es devuelta a su país de origen<sup>49</sup>. El riesgo que podría implicar tal devolución también debe hacerse en relación con un tercer país, pues el Estado receptor está obligado a valorar si en ese tercer país la persona extranjera tendría acceso a

procedimientos justos y eficientes para solicitar asilo<sup>50</sup>. Si la devolución a un tercer país o a país de origen exponen a la persona a un riesgo de persecución, el Estado receptor no puede remover a esta persona de su territorio por imperativo del principio de *non-refoulement*.

La valoración del riesgo de devolución necesariamente implica que el Estado deba admitir a la persona solicitante de refugio para que esta pueda tener acceso a un procedimiento justo y eficiente de protección internacional en su territorio, y permitirle permanecer en el territorio mientras se adopta una decisión de su caso e, inclusive, mientras se resuelvan las impugnaciones que haya interpuesto contra una decisión denegatoria<sup>51</sup>. El rechazo en frontera expone a la persona solicitante de refugio al riesgo de ser devuelta a su país de origen y sufrir la persecución de la que huye<sup>52</sup>.

En el contexto actual por la pandemia del COVID-19, el rechazo en la frontera podría exponer a la persona en necesidad de protección internacional “en una situación de “órbita”

47 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de *habeas corpus*: voto 24462-2019”, 6 de diciembre de 2019, 9:30 a.m. (expediente 19-022949-0007-CO). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de *habeas corpus*: voto 24463-2019”, 6 de diciembre de 2019, 9:30 a.m. (expediente 19-022950-0007-CO).

48 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-25/18. “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección”. 30 de mayo de 2018, párr.122.

49 United Nations High Commissioner for Refugees, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2007), para. 8, disponible en <https://www.refworld.org/docid/45f17a1a4.html>.

50 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas: caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. 25 de noviembre de 2013. Serie C 272, párr. 153.

51 Corte Interamericana de Derechos Humanos. (30 de mayo de 2018). Opinión Consultiva OC-25/18. “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección”, párr. 122. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas: caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 25 de noviembre de 2013. Serie C 272, párr. 159.

52 James C., Hathaway y Thomas, Gammeltoft-Hansen. (2015). “Non-refoulement in a World of Cooperative Deterrence”. *Columbia Journal of Transnational Law*, 53, 2, 238.



*indefinida en busca de un Estado dispuesto a recibirles*<sup>53</sup>. Esto implica que el rechazo en la frontera puede tener consecuencias fatales para las personas en necesidad de protección internacional.

Además, en el sistema interamericano, la amplitud de riesgos contra los que una persona está protegida, si es retornada a su país de origen, imposibilita que la autoridad migratoria pueda rechazar en la frontera y no admitir a una persona solicitante de protección internacional a su territorio. Cuando una persona alega el riesgo de que puede sufrir un daño si regresa a su país de origen, el Estado receptor está obligado a ofrecer las posibilidades para que pueda explicar este riesgo lo suficiente, lo cual implica al menos la realización de una entrevista, examinar si tal riesgo es posible y, si existe, no devolverla al lugar donde podría correr tal riesgo<sup>54</sup>.

Cuando la persona no esté protegida contra la devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 o de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, debe examinarse si podría estarlo en virtud de otras normas de derechos humanos que prohíben la devolución cuando su vida podría correr peligro, sufrir tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, ser

juzgada por tribunales de excepción o *ad hoc*,<sup>55</sup> sufrir pena de muerte,<sup>56</sup> desaparición forzada<sup>57</sup> o reclutamiento o participación de menores de edad en hostilidades<sup>58</sup>.

Es material y jurídicamente imposible que el Estado receptor pueda realizar una valoración justa del reclamo en observancia de las garantías procesales aludidas y de todos los posibles riesgos que podría correr sin antes admitir a la persona solicitante a su territorio y dejarla permanecer en él, mientras examina su solicitud. Entendido de esta forma, la acción de no rechazar en la frontera adquiere una dimensión de garantía procesal del principio de no devolución tanto del derecho internacional de los refugiados como del derecho internacional de los derechos humanos.

La permisibilidad del rechazo en la frontera de solicitantes de refugio también podría suponer negar toda efectividad al principio de no devolución consagrado en los artículos 22.8 de la Convención Americana y 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

El principio de efectividad (*effet utile*) en derecho internacional requiere que las disposiciones de un tratado sean interpretadas de forma que atribuyan sentido o efectividad a sus normas o bien que

53 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Consideraciones jurídicas sobre el acceso al territorio para las personas en necesidad de protección internacional en el contexto de la respuesta frente al COVID-19* (Ginebra: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2020), párr. 8, disponible en <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5e786ab14>.

54 Corte Interamericana de Derechos Humanos. (30 de junio de 2015). Sentencia de excepciones preliminares. Fondo, reparaciones y costas: caso Wong Ho Wing vs. Perú. Serie C 297, párr. 129. European Court of Human Rights, Grand Chamber, Judgment: N.D. and N.T. v. Spain, application n.º 8675/15 and 8697/15, 13 February 2020, párr. 198-199.

55 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 9 de diciembre de 1985, artículo 13; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 10 de diciembre de 1984, artículo 3.

56 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas: Caso Wong Ho Wing vs. Perú. Serie C 297, 30 de junio de 2015, párr. 134.

57 Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 20 de diciembre de 2006, artículo 16.

58 International Committee of the Red Cross. "Note on migration and the principle of non-refoulement". *International Review of the Red Cross*, 99, 1 (2017): 349.

favorezcan el cumplimiento de sus fines<sup>59</sup>. Una interpretación que privilegie el rechazo en frontera supondría atribuir redundancia e inoperatividad al principio de no devolución en un gran número de casos, particularmente aquellos en los que la persona solicitante de refugio no ha superado el control migratorio.

Como se ha indicado, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados reconoce que normalmente una persona en necesidad de protección internacional no podrá ingresar de forma regular al territorio del Estado que da asilo. Por esta razón, la Convención prohíbe toda sanción por ingreso irregular, pues con ello permite que todas las personas en necesidad de protección internacional puedan buscarla y recibirla.

Trevisanut parece coincidir parcialmente con esta interpretación. Argumenta que el principio de no rechazo en frontera es un corolario del principio de *non-refoulement*, pues no se puede sancionar el ingreso irregular de un solicitante de refugio, regla que recoge la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y es reafirmada por el Comité Ejecutivo de ACNUR.

Sin embargo, su argumentación no se sustenta en la efectividad ni en la operatividad de las

normas de la Convención de 1951, sino en una aplicación categórica de la no sanción por ingreso irregular. Su argumento también ofrece una razón adicional: sería ilógico no reconocer el no rechazo en frontera, pues se daría protección desigual entre solicitantes de refugio que se presentan en frontera respecto de los que no<sup>60</sup>.

En efecto, esta razón es plausible, pues no sería legítimo distinguir entre solicitantes de refugio en aplicación del principio de igualdad y no discriminación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>61</sup> y la prohibición de discriminación del artículo 3 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Las únicas excepciones que prevé la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados al principio de *non-refoulement* son las existentes bajo las cláusulas de exclusión que prevé la Convención o bien la excepción prevista en el artículo 33, inciso 2 del tratado<sup>62</sup>.

La Convención de 1951 excluye de su ámbito de protección – de *non-refoulement* inclusive – a aquellas personas que reciban la protección del sistema de las Naciones Unidas (artículo 1D), no necesitadas de protección internacional (artículo

59 Richard Gardiner. *Treaty Interpretation* (Oxford: Oxford University Press, 2015), 179.

60 Seline, Trevisanut. (2014). “The Principle of Non-refoulement and the de-territorialization of border control at sea”. *Leiden Journal of International Law*, 27, 674.

61 Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de agosto de 2014). Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas: caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, párr. 402.

62 United Nations High Commissioner for Refugees, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2007), paras. 6 and 10, disponible en <https://www.refworld.org/docid/45f17a1a4.html>. David, Weissbrodt. “The Principle of non-refoulement: Article 3 of the Convention against torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment in comparison with the non-refoulement provisions of other international human rights treaties”. *Buffalo Human Rights Law Review*, 5 (1999): 62.

1E) o no merecedoras de protección internacional (artículo 1F)<sup>63</sup>.

La Sala Constitucional no invocó ninguna de estas cláusulas en los casos de comentario. Tampoco sería razonable asumir que de oficio las haya aplicado, pues la Sala siempre ha mostrado deferencia al análisis técnico de los criterios de inclusión y exclusión de la autoridad migratoria competente: la Comisión de Visas Restringidas y Refugio y el Tribunal Administrativo Migratorio<sup>64</sup>. Aun cuando haya justificado el rechazo sumario en la frontera en la aplicación de alguna de estas cláusulas, es necesario permitir el ingreso del solicitante al territorio nacional y garantizarle un procedimiento justo y eficiente de determinación de la condición de refugiado, so pena de violar las garantías del debido proceso y su derecho a buscar y recibir asilo bajo el estatuto de refugiado<sup>65</sup>.

La segunda excepción prevista en el tratado es la dispuesta en el artículo 33, inciso 2, según la cual puede devolverse al refugiado que “*sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se*

*encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país*”. Sin embargo, esta excepción es únicamente aplicable a personas refugiadas debidamente reconocidas<sup>66</sup> y no podría ser invocada por la Sala en las resoluciones bajo análisis.

Es posible que el rechazo en la frontera se fundamente en algunos casos en la necesidad de prevenir y reprimir la trata de personas o bien para evitar solicitudes manifiestamente infundadas, abusivas o fraudulentas. Aun en estos casos, no puede invocarse el rechazo en la frontera en perjuicio del principio de *non-refoulement*.

En relación con la prevención y supresión de la trata de personas, el artículo 11 del *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños* que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>67</sup> obliga a los Estados a reforzar los controles migratorios para prevenir y detectar la trata de personas y adoptar medidas para prevenir

63 United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2019), para. 140. United Nations High Commissioner for Refugees. *Guidelines on International Protection No. 5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the status of Refugees* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2003), para. 4.

64 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de *habeas corpus*: voto 5236-2006”, 18 de abril de 2006, 2:52 p.m. (expediente 06-003167-0007-CO). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de *habeas corpus*: voto 12744-2007”, 31 de agosto de 2007, 2:07 p.m. (expediente 07-011429-0007-CO).

65 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-25/18. “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección”, 30 de mayo de 2018, para. 122. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas: caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 25 de noviembre de 2013. Serie C 272, para. 159.

66 Janja, Simentić. “To exclude or not to exclude, that is the question: Developments regarding bases for exclusion from refugee status in the EU”. *German Law Journal*, 20, (2019): 116. James C., Hathaway. *The Rights of Refugees under International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 345-355. United Nations High Commissioner for Refugees. *Guidelines on International Protection N.º 5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the status of Refugees* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2003), párr. 4.

67 *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños* que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 15 de noviembre de 2000, artículo 11.

que los medios de transporte internacional se utilicen para la comisión de este tipo de delitos, incluyendo la obligación de verificar que los pasajeros cuentan con los documentos para entrar legalmente en el Estado receptor.

Sin embargo, aun considerando que se disponga el rechazo en la frontera para cumplir con las obligaciones derivadas del *Protocolo*, en ningún caso, podría ejecutarse tal rechazo en perjuicio del derecho a buscar y recibir asilo. El artículo 14 del *Protocolo* dispone como cláusula de salvaguardia que nada de lo dispuesto en ese instrumento debe interpretarse en perjuicio de los derechos y obligaciones derivados de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su *Protocolo* de 1967, en particular del principio de *non-refoulement* consagrado en ellos.

Tampoco sería admisible un rechazo en la frontera con el fin de evitar solicitudes de protección internacional manifiestamente infundadas, abusivas o fraudulentas. Una medida de este carácter sería una restricción contraria al principio de proporcionalidad derivado del artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Toda medida que restrinja un derecho de la Convención, como lo sería el derecho a buscar y recibir asilo, debe perseguir una finalidad legítima compatible con la Convención, ser idónea, necesaria y estrictamente proporcional, de tal forma que la restricción no sea desmedida frente a la ventaja obtenida mediante la restricción<sup>68</sup>.

Ciertamente, la finalidad de evitar solicitudes manifiestamente infundadas, abusivas o fraudulentas es legítima, pues el propio Comité Ejecutivo del ACNUR ha reconocido que estas solicitudes “*constituyen una carga para los países afectados y van en detrimento de los intereses de los solicitantes que tenían razones válidas para pedir el reconocimiento como refugiados*”<sup>69</sup>.

El rechazo en la frontera podría ser una medida idónea para cumplir este fin, pues en efecto al ejecutar materialmente el rechazo, el Estado receptor no tendría que procesar este tipo de solicitudes. Sin embargo, la medida excede lo estrictamente proporcional. Es posible alcanzar el mismo fin acudiendo a medidas menos restrictivas.

El Comité Ejecutivo del ACNUR ha establecido que, tratándose de este tipo de solicitudes, los Estados pueden establecer medidas tendientes al procesamiento acelerado de estas solicitudes. Pero esto no implica que los Estados puedan limitar todo acceso al procedimiento de determinación de la condición de persona refugiada. Los Estados receptores deben garantizar el debido proceso de las solicitudes, incluyendo la realización de una entrevista a la persona solicitante, la adopción de una decisión formal por parte de la autoridad competente y la revisión de una decisión denegatoria ante las instancias competentes antes de ser rechazado en frontera o de ser expulsado<sup>70</sup>.

En este orden de ideas, aun cuando, en el caso concreto, se hayan fundamentado las sentencias de la Sala Constitucional implícitamente en la

68 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-21/14. “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, 19 de agosto de 2014, párr. 153.

69 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Conclusión del Comité Ejecutivo N.º 30 (XXXIV). El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas* (Ginebra: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1983).

70 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Conclusión del Comité Ejecutivo n.º 30 (XXXIV). El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas* (Ginebra: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1983).

necesidad de prevenir y reprimir la trata de personas o bien para evitar solicitudes manifiestamente infundadas, abusivas o fraudulentas, no pueden considerarse como compatibles con el principio de *non-refoulement* y de su corolario, el principio de no rechazo en frontera.

En todos estos casos, la normativa internacional es clara: debe garantizarse siempre el acceso al procedimiento de determinación de la condición de persona refugiada y en estricto apego a las garantías mínimas del debido proceso<sup>71</sup>.

El rechazo en la frontera avalado por nuestro Tribunal Constitucional no solo supone un quebranto de la prohibición de devolución del derecho internacional de las personas refugiadas, sino también de aquellas formas de protección complementaria recogidas por el derecho internacional de los derechos humanos. Como las sentencias de comentario no recogen los hechos constitutivos de riesgo en el caso concreto, es imposible poder establecer las normas que en concreto pudieron verse infringidas en el caso de los amparados.

#### IV. Conclusión

Los razonamientos en las sentencias 24462-2019 y 24463-2019 de la Sala Constitucional sientan precedentes peligrosos para la protección de los derechos fundamentales de las personas solicitantes de refugio en Costa Rica. En ellos, la Sala parece dar efecto a una política de escisión territorial, pues sugiere que no existe una obligación de garantizar el derecho fundamental a

buscar y recibir asilo a aquellas personas ubicadas en las zonas internacionales de aeropuertos costarricenses, lo cual también podría avalar la constitucionalidad de normas o prácticas estatales tendientes a excluir de la protección internacional a personas solicitantes de refugio o refugiadas ubicadas en ciertas partes del territorio nacional. Por ejemplo, esto podría extenderse a puertos de entrada terrestres, marítimos o aéreos en los cuales, según la Sala, podrían designarse zonas internacionales en las cuales no podría solicitarse protección internacional.

Sin embargo, como quedó demostrado, las políticas de escisión territorial son ineficaces para desconocer o modificar el alcance de la jurisdicción bajo tratados internacionales de derechos humanos.

Las sentencias de comentario también parecen confinar la protección contra la devolución únicamente a aquellas personas con una solicitud de condición de persona refugiada o con la condición reconocida que se encuentren en el territorio nacional. Esta restricción es aún más preocupante tomando en cuenta la postura del tribunal, según la cual una solicitud de protección internacional no confiere automáticamente un derecho a ser admitido en territorio nacional.

Este razonamiento podría entenderse como una *carte blanche* para realizar rechazos en la frontera de personas en necesidad de protección internacional, pues, en el entendido de la Sala Constitucional, no están sujetas a la prohibición

71 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. *Conclusión del Comité Ejecutivo* n.º 30 (XXXIV). *El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas* (Ginebra: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 1983). United Nations High Commissioner for Refugees, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees, 2007), párr. 8, disponible en <https://www.refworld.org/docid/45f17a1a4.html>. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas: caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 25 de noviembre de 2013. Serie C 272, párr. 153.

de devolución que recoge el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

También preocupa que, eventualmente, estos actos serían inmunes al escrutinio de la Sala Constitucional al estar ausente la jurisdicción, presupuesto indispensable para la exigibilidad de obligaciones de los derechos humanos. En estas condiciones, no solo resultarían vulnerados el derecho a buscar y recibir asilo del artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En aquellos casos donde la persona haya sido devuelta en contravención de otras formas complementarias de protección previstas en normas de derechos humanos, también resultarían vulnerados los derechos a la vida del artículo 4 de la Convención Americana y la integridad personal del artículo 5 de la Convención.

Afortunadamente, de momento no existen indicios que sugieran que la Dirección General de Migración y Extranjería pretenda dar aplicación a una interpretación como la propuesta por la Sala Constitucional. Aun con el cierre de fronteras dispuesto en los decretos 42238-MGP-S del 17 de marzo de 2020 y 42256-MGP-S del 25 de marzo de 2020, prorrogados y vigentes vía decreto ejecutivo, la Dirección General está permitiendo el ingreso de personas extranjeras por razones de humanidad e, incluso, está admitiendo que soliciten refugio en puestos fronterizos debidamente habilitados, según se desprende de la resolución n.º DJUR-0105-07-2020-JM de las 8:00 horas del 7 de julio de 2020, emitida por la Dirección General de Migración y Extranjería.

Tomando en cuenta lo anterior, sería recomendable que la Sala Constitucional rectifique o aclare los alcances de la jurisprudencia de los votos 24462-

2019 y 24463-2019, en el sentido de dar plena aplicación extraterritorial al principio de *non-refoulement*, la inadmisibilidad jurídica de las políticas de escisión territorial para desconocer o aplicar en forma diferida las obligaciones de garantizar y respetar los derechos humanos en ciertas partes del territorio nacional y la aplicación plena del principio de no rechazo en frontera a personas solicitantes de refugio.

## Bibliografía

### Instrumentos internacionales

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.
2. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 10 de diciembre de 1984.
3. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969.
4. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 9 de diciembre de 1985.
5. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 20 de diciembre de 2006.
6. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 de julio de 1951.
7. Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984.
8. Declaration of States Parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, 16 January 2002, HCR/MMSP/2001/09.

9. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 15 de noviembre de 2000.

### Normativa doméstica

1. Ley General de Migración y Extranjería, Ley N.° 8764.
2. Reglamento de Personas Refugiadas, Decreto Ejecutivo N.° 36831-G.
3. Decreto Ejecutivo N.° 42238-MGP-S del 17 de marzo de 2020.
4. Decreto Ejecutivo N.° 42256-MGP-S del 25 de marzo de 2020.
5. Dirección General de Migración y Extranjería. Resolución n.° DJUR-0105-07-2020-JM de las 8:00 horas del 7 de julio de 2020.

### Jurisprudencia internacional

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-25/18. “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección”, 30 de mayo de 2018.
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. “Medio ambiente y derechos humanos”, 15 de noviembre de 2017.
3. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-21/14. “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en

necesidad de protección internacional”, 19 de agosto de 2014.

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas: caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 25 de noviembre de 2013. Serie C 272.
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas: caso Wong Ho Wing vs. Perú. Serie C 297, 30 de junio de 2015.
6. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas: caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, 28 de agosto de 2014.
7. European Court of Human Rights. Grand Chamber. Judgment: Hirsi Jamaa and others v. Italy, application number 27765/09, 23 February 2012.
8. European Court of Human Rights. Grand Chamber. Judgment: N.D. and N.T. v. Spain, application n.° 8675/15 and 8697/15, 13 February 2020.
9. European Court of Human Rights. Judgment: Amuur v. France, 25 June 1996, application n.° 19776/92.
10. Inter-American Commission of Human Rights. The Haitian Centre for Human Rights *et al.* v. United States. Case 10.675. Report n.° 51/96. Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997).

## Jurisprudencia constitucional

1. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de habeas corpus: voto 5236-2006”, 18 de abril de 2006, 2:52 p.m. (expediente 06-003167-0007-CO).
2. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de habeas corpus: voto 12744-2007”, 31 de agosto de 2007, 2:07 p.m. (expediente 07-011429-0007-CO).
3. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de habeas corpus: voto 10093-2008”, 25 de julio de 2008, 9:29 a.m. (expediente 08-010104-0007-CO).
4. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de habeas corpus: voto 11576-2008”, 25 de julio de julio de 2008, 9:29 a.m. (expediente 08-010093-0007-CO).
5. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de habeas corpus: voto 12926-2017”, 18 de agosto de 2017, 9:30 a.m. (expediente 17-008978-0007-CO).
6. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de habeas corpus: voto 16610-2019”, 30 de agosto de 2019, 2:04 p.m. (expediente 19-010916-0007-CO).
7. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de habeas corpus: voto 24462-2019”, 6 de diciembre de 2019, 9:30 a.m. (expediente 19-022949-0007-CO).
8. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de habeas corpus: voto 24463-2019”, 6 de diciembre de 2019, 9:30 a.m. (expediente 19-022950-0007-CO).

## Doctrina

1. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (1983). *Conclusión del Comité Ejecutivo n.º 30 (XXXIV). El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas*. Ginebra: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
2. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2020). *Consideraciones jurídicas sobre el acceso al territorio para las personas en necesidad de protección internacional en el contexto de la respuesta frente al COVID-19*. Ginebra: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
3. Davidson, Robert A. “Introduction: Spaces of Immigration “Prevention”: Interdiction and the Nonplace”. *Diacritics*, 33, 3 (2003), 2-18.
4. Defensoría de los Habitantes. (2012). *Informe anual de labores 2012 del mecanismo nacional de prevención de la tortura*. San José, Costa Rica: Defensoría de los Habitantes.
5. Farmer, Alice. “Non-refoulement and *jus cogens*: limiting anti-terror measures that threaten refugee protection”. *Georgetown Immigration Law Journal*, 23, 1 (2008), 1-38.
6. Frelick, Bill, Ian Kysel y Jennifer Podkul. “The impact of externalization of migration controls on the rights of asylum seekers and other migrants”. *Journal on Migration and Human Security*, 4, 4(2016), 190-220.



7. Gardiner, Richard. (2015). *Treaty Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.
8. Hathaway, James C. (2005). *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
9. Hathaway, James C. y Thomas, Gammeltoft-Hansen. (2015). “Non-refoulement in a World of Cooperative Deterrence”. *Columbia Journal of Transnational Law*, 53, 2, 235-284.
10. International Committee of the Red Cross. (2017). “Note on migration and the principle of non-refoulement”. *International Review of the Red Cross*, 99, 1, 345-357.
11. International Law Commission. (2001). *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*. New York and Geneva: United Nations.
12. Kim, Seunghwan. (2017). “Non-refoulement and extraterritorial jurisdiction: state sovereignty and migration controls at sea in the European context”. *Leiden Journal of International Law*, 30, 49-70.
13. Marques, Rodolfo. “Non-refoulement under the Inter-American Human Rights System”. *Refugee Law Initiative Working Paper*, 20, (2017), 59-69.
14. Naranjo Giraldo, Gloria Elena. “Desterritorialización de fronteras y externalización de políticas migratorias: flujos migratorios irregulares y control de las fronteras exteriores en la frontera España- Marruecos”. *Estudios Políticos*. 45, (2014), 13-32.
15. Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias. (2001). *Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*. Organización de los Estados Americanos.
16. Simentić, Janja. (2019). “To exclude or not to exclude, that is the question: Developments regarding bases for exclusion from refugee status in the EU”. *German Law Journal*, 20, 111-124.
17. Trevisanut, Seline. (2014). “The Principle of Non-refoulement and the de-territorialization of border control at sea”. *Leiden Journal of International Law*, 27, 661-675.
18. United Nations High Commissioner for Refugees. (2007). *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*. Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees.
19. United Nations High Commissioner for Refugees. (2012). *Guidelines on International Protection N.º 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the status of Refugees*. Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees.
20. United Nations High Commissioner for Refugees. (2009). *Guidelines on International Protection n.º 8: Child*

- Asylum Claims under Articles 1A(2) and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the status of Refugees.* Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees.
21. United Nations High Commissioner for Refugees. (2003). *Guidelines on International Protection N.º 5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the status of Refugees.* Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees.
  22. United Nations High Commissioner for Refugees. (2019). *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees.* Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees.
  23. United Nations High Commissioner for Refugees. (2019). *Legal considerations on state responsibilities for persons seeking international protection in transit areas or “international” zones at airports.* Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees.
  24. United Nations High Commissioner for Refugees. (2010). *Protection Policy Paper: Maritime interception operations and the processing of international protection claims: legal standards and policy considerations with respect to extraterritorial processing.* Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees,
  25. Vogl, Anthea. (2015). “Over the Borderline: A Critical Inquiry into the Geography of Territorial Excision and the Securitisation of the Australian Border”. *University of New South Wales Law Journal*, 38 1, 114-145.
  26. Weissbrodt, David. (1999). “The Principle of non-refoulement: Article 3 of the Convention against torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment in comparison with the non-refoulement provisions of other international human rights treaties”. *Buffalo Human Rights Law Review*, 5, 1-73.

# LA (POSIBLE) REMOCIÓN DE MINISTROS Y MINISTRAS DE ESTADO POR VOTO DE CENSURA: UN CAMBIO MÁS ALLÁ DE LO JURÍDICO

Lic. José Daniel Mora Bolaños \*

## RESUMEN

*Recientemente, se presentó en la Asamblea Legislativa una iniciativa de reforma constitucional que pretendía modificar el instituto de la moción de censura previsto en el artículo 121 de la Constitución Política de la República de Costa Rica. El objetivo era concederle un efecto que, hasta ahora, a diferencia de lo que sucedía en varios países, no ha tenido: la remoción del ministro o de la ministra.*

*Este artículo explicará en qué consiste la iniciativa y el impacto que tendría en el ordenamiento infraconstitucional costarricense, de cara a los planteamientos que se hacen en el derecho constitucional y la ciencia política respecto a la figura bajo examen para, finalmente, exponer las consecuencias tanto políticas como de oportunidad que podrían generar.*

*Palabras claves: Moción de censura, ministro, ministra, sistemas políticos, parlamentarismo, presidencialismo.*

## THE (POSSIBLE) REMOVAL OF THE NATION'S MINISTERS BY VOTING MOTION OF CENSURE: MORE THAN JUST A LEGAL CHANGE

## ABSTRACT

*Recently, a constitutional reform project was presented in the Congress of Costa Rica whose objective is to modify the censure motion that is regulated in the article 121 of the Constitution from 1949. The purpose of the reform seeks to give it, like it happens in other many nations around the world, a new consequence: the dismissal of the minister censured. This paper will explain what the initiative consists of and the impact that it could have on the Costa Rican constitutional structure and in its political system.*

*Keywords: Censure motion, minister, political systems, parliamentarism, presidentialism.*

Recibido 16 marzo 2020

Aprobado 12 agosto 2020

---

\* Licenciado en Derecho y bachiller en Ciencias Políticas por la Universidad de Costa Rica. Bachiller en Ciencias Criminológicas por la Universidad Estatal a Distancia (UNED). Actualmente cursa la Maestría en Derecho Constitucional en la UNED. Es abogado en la Procuraduría General de la República. Ha sido asesor del Ministerio de Justicia y Paz y se desempeña como asesor parlamentario. [jose.mora@asamblea.go.cr](mailto:jose.mora@asamblea.go.cr)

## INTRODUCCIÓN

En las democracias, existe una relación de control mutua entre los poderes del Estado. De hecho, más que una separación de poderes, han construido un sistema constitucional de *checks and balances*<sup>1</sup>. Como apunta Feoli, citando a Gargarella y otros, “*invadir de alguna forma el terreno del otro parece no sólo inevitable, sino también necesario para evitar abusos y excesos*”<sup>2</sup>.

Es lógico, entonces, que los Estados establezcan mecanismos que faciliten formas de *accountability* horizontal. Es decir, los brazos del poder político tendrían una relación de control mutuo con el propósito de prevenir, cancelar, revertir y sancionar acciones u omisiones de otras agencias estatales.

De acuerdo con O'Donnell, su importancia reside en que es una condición consustancial de la estructura democrática, pues los primeros llamados a ejercer el control son los poderes del Estado cuando actúan como contrapeso unos de otros<sup>3</sup>.

Uno de esos mecanismos previstos en los textos constitucionales es la llamada moción o voto de censura cuando el Poder Legislativo reprocha la actuación de quienes integran el Poder Ejecutivo. Esta figura, más propia de los modelos parlamentarios, se ha ido instaurando en sistemas presidencialistas como el costarricense. Así, fue incorporada por el constituyente en el inciso 24 del artículo 121 de la Carta Política de 1949.

Recientemente, por medio del expediente legislativo n.º 21 377, se presentó en la Asamblea Legislativa una iniciativa de reforma constitucional que busca modificar el numeral citado, y concederle a la censura un efecto que, hasta ahora, no ha tenido: la remoción del ministro o de la ministra por aprobación de la moción de censura.

En este *paper*, se explicará en qué consiste la iniciativa y el impacto que tendría en el ordenamiento jurídico infraconstitucional para, finalmente, determinar su viabilidad jurídica, pero también su conveniencia desde el punto de vista de la teoría política.

La investigación se ha dividido en tres apartados. En el primero de ellos, se plantearán las características de la moción de censura y cómo ha sido entendida por la doctrina constitucional en el marco de los distintos sistemas políticos. En segundo lugar, se hará un examen de los alcances del proyecto. Finalmente, se expondrán las principales razones por las que se estima que el proyecto resistiría el *test* de constitucionalidad en términos de viabilidad y pertinencia jurídicas y se abordarán, al tiempo, otras consideraciones de oportunidad que deberían ser también ponderadas al valorar este proyecto.

El establecimiento de estrategias para hacer más transparentes el proceso político y la rendición de cuentas, sin lugar a dudas, es un valor democrático y republicano de la mayor importancia. Sin embargo, las circunstancias contextuales requieren ser incorporadas a cualquier propuesta que pretenda una modificación de tanta envergadura como una reforma constitucional.

1 Ver por ejemplo el artículo 9 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

2 Feoli, Marco. (2015). *Jueces protagonistas. ¿Un replanteamiento de la relación entre política y justicia?* San José, Costa Rica: Editorial UCR, p. 41.

3 O'Donnell, Guillermo. (2001). “Estado de derecho y democracia en América Latina”. *Revista Isonomía*, n.º 14, abril, México, pp. 3-16.

## CENSURA, PARLAMENTARISMO Y PRESIDENCIALISMO

El voto o moción de censura es un instrumento de control que surgió en el Reino Unido y que, si bien es un instituto típicamente parlamentario, ha sido adoptado también por regímenes presidencialistas.

Durante el siglo XVII, recuerda Charry, se generalizó la práctica de acusar ministros y ministras por cuestiones que no suponían delito, por lo que se diseñó un procedimiento ante la representación de la ciudadanía para juzgar algunos actos de gobierno:

*La moción de censura es el instrumento que coloca en evidencia la falta de apoyo parlamentaria a las políticas gubernamentales. Sin embargo, debe considerarse con la coexistencia de otro instrumento, la disolución del parlamento, que permite al pueblo arbitrar el conflicto entre los dos poderes<sup>4</sup>.*

Existen distintas posiciones sobre el voto de censura. Hay quienes consideran que este es un procedimiento que conlleva una tensión entre el derecho de la presidencia a conformar su gabinete y el poder del Congreso para censurarlo. En tal sentido, se ha estimado que la censura debilita la figura presidencial y supone un medio

para que los diputados y las diputadas paralicen y erosionen su poder<sup>5</sup>. Por eso, se entiende como parte natural de los regímenes parlamentarios, en los cuales no hay elección directa de la jefatura del Gobierno, pues depende del Parlamento<sup>6</sup>.

Por otro lado, hay un sector que opina que el voto de censura es una forma eficaz de ejercicio del control político por parte del Poder Legislativo y, por tanto, es expresión del principio de división de poderes. Afirman que los controles o regulaciones institucionales no son competencia exclusiva de los sistemas parlamentarios. La censura estimularía el debate y permitiría a la opinión pública contar con elementos de juicio sobre la actuación del gabinete y de los ministros y las ministras de forma individual<sup>7</sup>.

En términos generales, podemos definir la censura como una sanción jurídica de control parlamentario que supone la disolución de un gobierno o la destitución de un o una miembro del gabinete o del consejo de ministros y ministras. Es un instrumento establecido para exigir la responsabilidad política de un gobierno. Las situaciones que justificarían la presentación del voto de censura, por su propia naturaleza, pueden ser muy diversas y dependen de las circunstancias contextuales de cada país<sup>8</sup>.

Como bien apuntan Colomer y Negretto, una buena gobernanza en un sistema de separación

4 Charry, Juan Manuel. (1998). *La moción de censura en la Constitución de 1991*, p. 48. Bogotá: Banco de la República.

5 Duque Daza, Javier. (2014). "La moción de censura en Colombia", p. 46. En: *El Congreso y el presidente: las relaciones entre poderes en Colombia 1990-2004*. Bogotá: Universidad del Valle,

6 Payne, Mark, Zovatto, Daniel y Mateo Díaz, Mercedes. (2006). *La política importa. Democracia y desarrollo en América Latina*, pp. 212-213. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.

7 Duce Pérez Blasco, María Cristina. (2018). "La moción de censura", p. 462. En: *Anuario de derecho parlamentario*. Madrid: Cortes Generales.

8 Uno de los casos más recientes es el del voto de censura contra Mariano Rajoy, expresidente del Gobierno de España. Luego de una demoledora sentencia que condenó al Partido Popular (PP) por una trama de corrupción (caso Gürtel) que se extendió por Valencia y Madrid, el Partido Obrero Socialista Español (PSOE), junto con el partido de izquierda Unidas Podemos (UP), logró formar una mayoría capaz de sacar adelante la moción de censura y terminar así con los siete años del gobierno conservador. Ver: [https://elpais.com/tag/caso\\_gurtel/a](https://elpais.com/tag/caso_gurtel/a) Consulta hecha el 12 de noviembre de 2019.

de poderes no surge de la neutralización mutua de las instituciones ni del dominio absoluto del Poder Ejecutivo. En ese sentido, es necesario darle un papel prioritario al Congreso<sup>9</sup>. De hecho, no debe olvidarse que la adopción de elementos parlamentarios en los sistemas presidencialistas tiene, justamente, como finalidad, desconcentrar el poder de la presidencia y dar mayor relevancia al Poder Legislativo<sup>10</sup>.

Ciertamente, más allá de los planteamientos teóricos, en las últimas décadas, varios países de la región han introducido la censura en sus ordenamientos jurídicos. Ha sido incorporada en muchas de las reformas constitucionales que América Latina ha experimentado durante las olas democratizadoras de las décadas de 1980 y 1990. Pueden citarse como ejemplos: Argentina,

Colombia, Paraguay, Bolivia, El Salvador, Guatemala, Perú, Uruguay y Venezuela<sup>11</sup>.

Como sea, en palabras de Nohlen, debatir sobre las bondades de los sistemas de gobierno solo en el plano ideal lleva a una “grave deformación teórica y práctica”<sup>12</sup>. Los tipos ideales no existen en estado puro. Por tal razón, aclarados algunos elementos que se han estimado necesarios para entender el encaje que se ha dado desde el derecho constitucional y la ciencia política a la figura del voto o moción de censura, conviene ahora centrar el análisis en la propuesta legislativa bajo examen.

## EL PROYECTO DE LEY N.º 21 377: LA CENSURA VINCULANTE

Aunque en la historia reciente de Costa Rica, ha habido varios intentos por presentar mociones

9 Colomer, Josep y Negretto, Gabriel. (2003). “Gobernanza con poderes divididos en América Latina”. *Revista Política y Gobierno*, p. 15. Volumen X, n.º 1, Ciudad de México. Antes de continuar, merece la pena hacer un par de puntualizaciones teóricas. Por un lado, aclarar que la moción o voto de censura puede ser de dos tipos: constructiva o destructiva. En el primer caso, se exige que los y las promoventes antes tengan los votos necesarios para elegir a un nuevo presidente o presidenta del Gobierno -el caso de España o Alemania-. El voto destructivo no pide ese requisito -como en Italia- simplemente los apoyos necesarios para hacer caer al Gobierno. Por otro lado, conviene señalar la diferencia con otras dos figuras que podrían prestarse a confusión: la moción de confianza y el impeachment. La moción, o cuestión, de confianza es una solicitud que nace del propio Gobierno y la dirige al Parlamento para saber si aún cuenta con respaldos suficientes a su programa electoral -sucedió hace unos meses en el Reino Unido de Teresa May ([https://elpais.com/internacional/2018/12/12/actualidad/1544603765\\_805916.html](https://elpais.com/internacional/2018/12/12/actualidad/1544603765_805916.html) Consulta hecha el 21 de noviembre de 2019)-. Finalmente, el impeachment, que es un instituto típicamente de regímenes presidencialistas, es una acusación penal formulada contra el presidente o presidenta y otros cargos políticos por la presunta comisión de hechos delictivos que se dirime en el Congreso -por lo general en modelos bicamerales-. Seguramente, el caso más conocido es el procedimiento de impeachment seguido contra Richard Nixon en los años 70's que renunció al cargo antes de que se votara su muy segura destitución (<https://www.lavanguardia.com/hemeroteca/20161108/411624965562/watergate-nixon-presidentes-eeuu-elecciones.html> Consulta hecha el 19 de noviembre de 2019). En Costa Rica, no existe el juicio político porque el artículo 121, inciso 9 de la Constitución prevé que las acusaciones criminales contra los miembros de los Supremos se diluciden en los tribunales ordinarios.

10 Duque Daza, Javier. *Op. cit.*, p. 51.

11 Aunque debe decirse que su aplicación no es homogénea, pues los alcances varían según cada país. En algunos, como Colombia o Uruguay, la censura lleva a la destitución del ministro o de la ministra. En Argentina, en cambio, solo tiene ese efecto si se trata de la jefatura de Gabinete. En Bolivia o Paraguay, como sucede en Costa Rica, la votación no es vinculante. *Idem*, p. 48.

12 Nohlen, Dieter. *Presidencialismo vs. parlamentarismo*. (octubre-diciembre, 1991). *Revista de Estudios Políticos*, p. 45, n.º 74, Madrid.

de censura,<sup>13</sup> el único caso en el que un ministro de Estado recibió la sanción de la Asamblea Legislativa fue el del abogado Juan Diego Castro Fernández, a la sazón titular de la cartera de Seguridad Pública. Esto sucedió en diciembre de 1995, luego de enconados desencuentros entre Castro y el presidente del Directorio Legislativo, el diputado oficialista Antonio Álvarez Desanti<sup>14</sup>.

La propuesta que se examina en este trabajo fue presentada por varios congresistas de distintas fracciones legislativas, el 1 de mayo de 2019<sup>15</sup>. La iniciativa pretende que, en adelante, se le adicione un inciso 25 al artículo 121 constitucional, el cual establezca lo siguiente:

*25) Si la censura fuera aprobada por mayoría calificada de Diputados, será removido del cargo el Ministro de Estado censurado<sup>16</sup>.*

En la actualidad, el inciso 24 del artículo 121 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, relativo a la moción de censura, dispone lo siguiente:

*24) Formular interpelaciones a los Ministros de Gobierno, y además, por dos tercios de votos presentes, censurar a los*

*mismos funcionarios, cuando a juicio de la Asamblea fueren culpables de actos inconstitucionales o ilegales, o de errores graves que hayan causado o puedan causar perjuicio evidente a los intereses públicos.*

Los principales fundamentos esgrimidos en la iniciativa de ley que, por cierto, no superan los dos folios, son los siguientes:

*[...] la censura por parte de la Asamblea Legislativa [...] no trae mayor consecuencia para el Ministro de Estado censurado, [sic] que el ruido mediático que le pueda generar, siendo que, [sic] no es sino por la decisión del Presidente de la República, que esta censura trae o no consecuencias contra ese Ministro. En este caso la consecuencia del despido.*

*Es lamentable que una herramienta democrática, instaurada en la Constitución Política desde 1949, que debería ser reconocida como una herramienta de control político de la Asamblea Legislativa, no tenga el poder para la cual se creó. Al aprobar esta propuesta, se estaría dando mayor rigurosidad y mayor control cruzado ante cualquier acto cometido por un Ministro de Estado. Con esta adición del inciso que se propone más adelante se logra*

13 Pueden ponerse como ejemplos las tentativas para censurar al exministro de la Presidencia, Melvin Jiménez, en el 2015, (ver: <https://www.ameliarueda.com/nota/diputados-de-tres-partidos-proponen-mocion-de-censura-contra-ministro-de-la-consulta-realizada-el-22-de-noviembre-de-2019>) y, más recientemente, en el 2018, la propuesta del Partido Restauración Nacional de hacerlo contra el exministro de Educación Pública, Édgar Mora (ver: <https://semanariouniversidad.com/pais/intento-de-censura-al-ministro-de-educacion-fracasa-en-el-congreso/> consulta realizada el 22 de noviembre de 2019) y, en el 2020, el del ministro de la Presidencia, Víctor Morales, por el caso mediático surgido por el decreto que creó una Unidad Presidencial de Análisis de Datos (<https://www.crhoy.com/nacionales/voto-de-censura-a-ministro-de-la-presidencia-se-discutira-a-partir-del-martes/> consulta realizada el 28 de febrero de 2020).

14 A Castro se le sancionó por haber rodeado el edificio del Congreso con un contingente de policías armados, el 7 de diciembre de 1995. La Asamblea Legislativa interpretó el desfile como una provocación y una agresión al Primer Poder de la República. Aunque no fue destituido, pocos meses después, Castro fue trasladado al Ministerio de Justicia y Paz donde permaneció 11 meses cuando dimitió (ver: <https://www.nacion.com/el-pais/politica/censurado-ministro-castro/X3Q2EE6XMRFSBP6GMLTIMUIVUI/story/> consulta realizada el 22 de noviembre de 2019).

15 Un dato curioso es que uno de los firmantes es el diputado Rodríguez Steller del partido político, Integración Nacional (PIN) que, en las elecciones de febrero de 2018, llevó como candidato presidencial al censurado exministro Castro Fernández.

16 Proyecto de Ley N.º 21 377.

*que el Voto de Censura deje de ser un voto intrascendente y pase a ser una forma más de control ciudadano y político*<sup>17</sup>.

Pueden extraerse dos argumentos principales del proyecto en cuestión, por un lado, la falta de eficacia que tiene la censura en el diseño institucional que previó la Constitución Política de 1949 y, por el otro, la importancia de que la Asamblea Legislativa ejerza un control que tenga consecuencias que no sean solo morales o políticas, sobre las decisiones de los ministros y las ministras de Estado.

Ahora bien, es necesario resaltar que la propuesta no es especialmente prolija al exponer los motivos que justificarían hacer la reforma constitucional. No se hace, por ejemplo, una revisión histórica de su comportamiento ni siquiera de los intentos que se han hecho por censurar a las personas miembros del Poder Ejecutivo. Tampoco se realiza un estudio de derecho comparado que permita, al menos en clave regional, entender cuáles han sido los alcances y la utilidad de esta figura en términos tanto de control como de gobernabilidad.

## **VIABILIDAD Y OPORTUNIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL A LA MOCIÓN DE CENSURA**

En el Reglamento de la Asamblea Legislativa, se regula el procedimiento que debe seguirse para llevar adelante la moción de censura. En efecto, es un trámite sencillo que surge de una solicitud por escrito que debe votarse, públicamente, en un plazo no mayor a diez días. Sobre la decisión no cabe ningún tipo de recurso<sup>18</sup>.

En este sentido, hay que entender que la forma cómo dispuso el constituyente el desarrollo y el encaje constitucional de la figura examinada fue una decisión política que se ha mantenido inalterada por casi seis décadas. Como se expuso en los acápites precedentes, en otros ordenamientos, los alcances de la censura son distintos a los que acogió Costa Rica.

Más aún, al revisar las actas de la Asamblea Constituyente, es fácil derivar que el tema desencadenó un debate importante entre sus miembros:

*El diputado Fernando Fournier expresó: “llegamos a otra novedad de nuestro Proyecto: el voto de censura. Derecho a favor de la Asamblea Legislativa de poder destituir, con ciertas limitaciones a los ministros. Punto discutible [...] Nos preocupa la necesidad de algún medio para terminar con ministros impopulares que conforme al sistema actual puedan quedarse los cuatro años”*<sup>19</sup>.

Para el historiador Óscar Aguilar Bulgarelli, un sector de la Asamblea Constituyente pretendió instaurar un sistema semiparlamentario, similar al de otros países, que diera mayores poderes de control al Congreso sobre el Ejecutivo. Sin embargo, al final, se decantaron, en lo tocante a la censura, por un modelo más bien atenuado que traía como consecuencia una llamada de atención moral que, en rigor, carecía de efectos jurídicos:

*En el proyecto de Constitución Política [...] se intentó implantar un sistema que ha sido llamado semi-parlamentario, basado en la Constitución de Cuba de 1940 [...] si la censura se produce, el ministro*

17 Ver exposición de motivos del Proyecto de Ley N.º 21.377.

18 Artículo 214 del Reglamento de la Asamblea Legislativa.

19 Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica de 1949. (2017), p. 559. San José: Investigaciones Jurídicas S. A. Tomo I.



*debe dimitir. Pero al ser rechazado [...] los socialdemócratas por la vía de las mociones pusieron de nuevo a discusión el tema. De ello resultó que se adoptara un sistema que no es ni semi-parlamentario ni la organización clásica de 1871. El sistema adoptado es un híbrido que ha sido llamado por algunos tratadistas “sistema congresional” [...] el Legislativo deja de ser una simple máquina de hacer leyes. Ahora puede intervenir directamente [...] por medio del voto de censura que [...] no implica la renuncia del ministro<sup>20</sup>.*

Así, variar la fórmula contenida en el texto constitucional de 1949 es una decisión también política. No existen razones jurídicas que impidan o desaconsejen técnicamente el planteamiento que recoge el Proyecto de Ley N.º 21.377.

La Sala Constitucional ha defendido el principio seguido por nuestro ordenamiento jurídico de una interdependencia funcional entre los brazos del Estado que se controlan mutuamente a través de figuras como la moción de censura, cuyos efectos son resorte del Poder Legislativo:

*Es rasgo fundamental de nuestro sistema de gobierno lo que modernamente se denomina y entiende como el principio de **distribución de funciones** [...] en virtud de éste, el poder y su ejercicio está distribuido entre diversos detentadores [...] De manera que, al tenor de lo dispuesto en los artículos 9, 105, 121,*

*140 y 153 constitucionales, le corresponde a cada Poder del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) ejercer la función material constitucionalmente asignada con absoluta independencia, imparcialidad y autonomía [...] en la forma cómo están dispuestas las relaciones entre los diversos Poderes en la Carta Fundamental, se establece un sistema de interrelación, y por ende de pesos y contrapesos [...] lo que se ha denominado en la doctrina como el principio de la **interdependencia funcional entre los diversos órganos estatales** [...] Así, son expresiones de este control e interrelación entre los Poderes del Estado las siguientes [...] la Asamblea Legislativa tiene la facultad de interpelar a los Ministros de Gobierno; al tenor de lo dispuesto en el inciso 24 del artículo 121 de la Constitución, de censurar a un ministro (con el voto de la tercera parte de los miembros presentes)<sup>21</sup>.*

Si bien, en el caso de la reelección presidencial, el tribunal constitucional anuló una reforma de 1969 que prohibía la posibilidad de que quienes hayan ejercido la jefatura del Estado volvieran a postularse. Allí el argumento fue que, con la decisión legislativa, se recortaba un derecho político, cuyo radio era menor al que el constituyente originario ordenó en su día<sup>22</sup>.

En la iniciativa evaluada en esta investigación el panorama es otro. Lo que se busca es hacer

20 Aguilar Bulgarelli, Óscar. (1991). *La Constitución de 1949: antecedentes y proyecciones*, p 155. San José: Editorial Costa Rica.

21 *Sentencia 13323-2006 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.*

22 “Estimamos que la acción resulta procedente por haberse efectuado mediante una reforma parcial, por un lado la restricción y por el otro, la eliminación de un derecho fundamental. El derecho de reelección había sido consagrado por el Constituyente y es una garantía constitucional de los derechos políticos de los costarricenses en el ejercicio del derecho de elección, consagrado además, en el artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Lo anterior implica la anulación de la reforma practicada al artículo 132 inciso 1) de la Constitución Política mediante Ley No. 4349 del 11 de julio de 1969, por lo que retoma vigencia la norma según disponía antes de dicha reforma”. *Sentencia 2771-2003 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.*

un cambio en la parte orgánica que no toca, ni restringe, ningún derecho fundamental.

Mientras se siga el trámite agravado para la reforma de la Constitución, la Asamblea Legislativa, actuando como constituyente derivado, contaría con todas las potestades para introducir la modificación.

Del mismo modo, no habría ningún impacto a nivel infraconstitucional porque el cambio solo sería en la Carta Política. No existe ninguna otra norma jurídica -salvo el procedimiento que establece el Reglamento de la Asamblea Legislativa- que deba ser ajustada a partir de la reforma de marcos.

Para finalizar, la cuestión sobre la que también debería reflexionarse tiene que ver, más bien, con su conveniencia política. Como el profesor italiano Giovanni Sartori ha señalado, “*la estabilidad del sistema político costarricense hace que su diseño institucional sea del mayor interés*”<sup>23</sup>.

Durante varias décadas, nuestro país estuvo regido por un sistema bipartidista. No obstante, desde el 2002, ha prevalecido una fragmentación que ha hecho que, en el Congreso haya una importante atomización y la presencia de varios grupos políticos<sup>24</sup>.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que, en el caso de Costa Rica, el Poder Ejecutivo es débil, si se le compara con el diseño institucional de otros países de la región. Aunque autores como Hernández

refieren una supuesta prevalencia de la presidencia y sus miembros sobre el Poder Legislativo, esto tiene que ver con su presencia mediática y con su contacto “*directo e inmediato con la realidad social y económica del país*”<sup>25</sup>, no, en rigor, con las atribuciones de control que se concede a cada uno.

De hecho, en la escala utilizada por Zovatto y Orozco, los cuales hablan de *hiperpresidencialismo*, cuando la Constitución otorga al Ejecutivo un elevado número de facultades; *presidencialismo puro* que mantiene las características teóricas originales; *presidencialismo atenuado*, poderes que se equilibran entre ambos brazos del Estado y, por último, *presidencialismo parlamentarizado*, cuando se incorporan figuras propias de los regímenes parlamentarios, como la censura con destitución o la ratificación de ministros y ministras<sup>26</sup>. Es posible concluir que las relaciones para Costa Rica entre los poderes se inscriben dentro de lo que la literatura especializada denomina presidencialismo atenuado.

Por lo tanto, la pregunta que surge, inevitablemente, es si, al introducir el cambio propuesto, nuestro país, distinguido por su estabilidad política, no se arriesga a generar situaciones de parálisis decisoria que tensen algunas veces las relaciones entre los poderes estatales.

Dicho de otro modo, si la alta fragmentación facilitaría que los partidos opositores al Gobierno, en lugar de asumir un control responsable, se pongan de acuerdo para destituir a ministros y

23 Sartori, Giovanni. (1994). *Ingeniería constitucional comparada: una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, p. 91. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

24 Brenes, Amelia. (2010). *Jueces con curul: la reelección presidencial decidida en la vía jurisdiccional. Los casos de Costa Rica y Nicaragua*, pp. 40-42. Salamanca: Instituto de Iberoamérica. Tesis de maestría.

25 Hernández Valle, Rubén. (1999). *El significado actual del principio de división de poderes en Costa Rica. Temas claves de la Constitución Política*, p. 68. San José de Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S. A.

26 Zovatto, Daniel y Orozco, Jesús. (2009). *Reforma política en América Latina 1978-2007: lectura regional comparada*. México: Editorial UNAM, pp. 71-101.

ministras por razones ideológicas y no por lo que la Constitución establece.

Una salida es que a la par se procuren otras reformas que le permitan al Ejecutivo responder de manera que no se genere un desbalance en el control entre poderes (por ejemplo, mediante la disolución de la Asamblea en caso de dos o más censuras. Esto favorecería que se genere una especie de *self-restraint* que incentive la responsabilidad en la aplicación de ciertas medidas y formas, en definitiva, de *accountability*). Como sea, ese es un debate que tendrá que dilucidarse al llevar la discusión al pleno de la Asamblea Legislativa.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

Una vez analizado el Proyecto de Ley N.º 21.377, se estima que este, que es una reforma constitucional, es viable desde el punto de vista jurídico. En el marco del principio de separación de poderes, se busca dotar de una herramienta de control del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo.

Nada impide desde el punto de vista constitucional ni desde el punto de vista legal que la Asamblea, amparada en las competencias que le atribuye la Carta Política, como sucede en muchos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, pueda darle una consecuencia a la moción de censura distinta a la que ha tenido durante la Segunda República.

Incluso existen razones históricas que permiten concluir que, durante la Asamblea Constituyente, esa posibilidad fue debatida. Entonces si se opta por la regulación actual no sería óbice para que, en este momento, se decida por otros alcances. Se han deslizado aquí otras consideraciones de oportunidad que también convendría examinar cuando el proyecto deba ser discutido en el Congreso.

Los riesgos de los poderes legislativos atomizados, en términos de bloqueo institucional, son reales. Desde ese punto de vista, un examen prudente

y aquietado del proyecto puede aconsejar su rechazo, vistas las características que tiene el Poder Ejecutivo en Costa Rica y las potenciales consecuencias que podría traer en las relaciones con la Asamblea Legislativa, o bien, una ampliación de las competencias de control entre ambos brazos del Estado, no solo de uno de ellos.

Ambas posibilidades exigen un alto grado de responsabilidad de quienes deban decidir la cuestión que se les plantea, porque, en suma, se trata de un cambio que va mucho más allá de lo jurídico.

## BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Bulgarelli, Óscar. (1991). *La Constitución de 1949: antecedentes y proyecciones*. San José: Editorial Costa Rica.

Brenes, Amelia. (2010). *Jueces con curul: la reelección presidencial decidida en la vía jurisdiccional. Los casos de Costa Rica y Nicaragua*. Salamanca: Instituto de Iberoamérica, Tesis de maestría.

Colomer, Josep y Negretto, Gabriel. (2003). “Gobernanza con poderes divididos en América Latina”. *Revista Política y Gobierno*. Volumen X, n.º 1. Ciudad de México.

Charry, Juan Manuel. (1998). *La moción de censura en la Constitución de 1991*. Bogotá: Banco de la República.

Duce Pérez Blasco, María Cristina. (2018). “La moción de censura”. En: *Anuario de derecho parlamentario*. Madrid: Cortes Generales.

Duque Daza, Javier. (2014). “La moción de censura en Colombia”. En: *El Congreso y el presidente: las relaciones entre poderes en Colombia 1990-2004*. Bogotá: Universidad del Valle.

Feoli, Marco. (2015). *Jueces protagonistas. ¿Un replanteamiento de la relación entre política y justicia?* San José, Costa Rica: Editorial UCR.

Hernández Valle, Rubén. (1999). *El significado actual del principio de división de poderes en Costa Rica. Temas claves de la Constitución Política*. San José de Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S. A.

Nohlen, Dieter. (1991, octubre-diciembre). “Presidencialismo vs. parlamentarismo”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 74. Madrid.

O'Donnell, Guillermo. (2001). “Estado de derecho y democracia en América Latina”. *Revista Isonomía*, n.º 14, abril, México.

Payne, Mark, Zovatto, Daniel y Mateo Díaz, Mercedes. (2006). *La política importa. Democracia y desarrollo en América Latina*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.

Sartori, Giovanni. (1994). *Ingeniería constitucional comparada: una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Zovatto, Daniel y Orozco, Jesús. (2009). *Reforma política en América Latina 1978-2007: lectura regional comparada*. México: Editorial UNAM.

#### Fuentes en Internet

[https://elpais.com/internacional/2018/12/12/actualidad/1544603765\\_805916.html](https://elpais.com/internacional/2018/12/12/actualidad/1544603765_805916.html) (Consulta el 21 de noviembre de 2019).

[https://elpais.com/tag/caso\\_gurtel/a](https://elpais.com/tag/caso_gurtel/a) (Consulta el 12 de noviembre de 2019).

<https://semanariouniversidad.com/pais/intento-de-censura-al-ministro-de-educacion-fracasa-en-el-congreso/> (Consulta el 22 de noviembre de 2019).

<https://www.ameliarueda.com/nota/diputados-de-tres-partidos-proponen-mocion-de-censura-contraministro-de-la> (Consulta el 22 de noviembre de 2019).

<https://www.lavanguardia.com/hemeroteca/20161108/411624965562/watergate-nixon-presidentes-eeuu-elecciones.html> (Consulta el 19 de noviembre de 2019).

<https://www.nacion.com/el-pais/politica/censurado-ministro-castro/X3Q2EE6XMRFSP6GMLTIMUIVUI/story/> (Consulta el 22 de noviembre de 2019).

<https://www.crhoy.com/nacionales/voto-de-censura-a-ministro-de-la-presidencia-se-discutira-a-partir-del-martes/> (Consulta el 28 de febrero de 2020).

#### Fuentes jurídicas y proyecto de ley

Constitución Política de la República de Costa Rica.

Reglamento de la Asamblea Legislativa.

Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de Costa Rica de 1949. (2017). San José: Investigaciones Jurídicas S. A.

Proyecto de Ley N.º 21 377.

#### Resoluciones judiciales

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica n.º 13323-2006 de las 17:26 horas del 26 de septiembre de 2006.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica n.º 2771-2003 de las 11:40 horas del 4 de abril de 2003.

# DELIBERACIÓN EN TRIBUNALES COLEGIADOS CIVILES DE PRIMERA INSTANCIA

(Algunas notas preliminares)

M.Sc. Carlos Eduardo González Mora\*

## RESUMEN

*La deliberación para el dictado de una sentencia judicial en un tribunal colegiado civil de primera instancia es un proceso reflexivo, de argumentación y razonamiento jurídico, sujeto a diversas reglas en cuanto al lugar y al momento de la deliberación, con plazos limitados, contenidos mínimos, reglas para la conformación de mayorías y votos disidentes, respeto al principio de inmediación y normas sobre valoración de pruebas.*

**Palabras claves:** *Administración de Justicia, derecho procesal civil, tribunal colegiado, proceso de deliberación, sentencia judicial.*

## ABSTRACT

*Deliberation to make judicial statements in a Collegiate Civil Court (First Judicial instance), is a reflexive process of argumentation, subject to different rules related with place, deadlines, contents, majority and minority votes, principle of immediacy, proof test.*

**Keywords:** *Justice Administration, civil procedure law, collegiate court, court statement, deliberation process.*

*Recibido 9 de marzo*

*Aprobado 12 agosto 2020*

---

\* *Máster en Administración de Justicia, énfasis civil. Juez del Tribunal Colegiado Civil de Primera instancia (San Ramón). Profesor Universitario U.C.R., sede Occidente, cgonzalezmo@poder-judicial.go.cr*

**Sumario.** Introducción. Concepto. Reglas en cuanto a la forma. Criterios de valoración. Plazos. Etapas. Inmediación. Secretismo. Dirección. Buenas prácticas. Acto continuo. Regla de mayoría. Redacción. Discordia. Conclusión.

## Introducción

La creación de tribunales colegiados civiles en primera instancia en Costa Rica se dio a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil, en adelante CPC<sup>1</sup>, el 8 de octubre de 2018, lo cual resulta una experiencia novedosa en materia civil, pues la dinámica de trabajo es diferente incluso a aquella de los tribunales de apelación en la misma materia.

Una de las actividades más complejas en este proceso de interacción de personas juzgadoras es precisamente el dictado de la sentencia, para lo cual las personas integrantes del Tribunal deben efectuar una deliberación previa, con plazo determinado por ley. Pero ¿qué significa deliberar? Según la Real Academia Española, es “considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos”.

Haciendo eco de la anterior definición, se puede afirmar que la deliberación previa al dictado de una resolución judicial es un proceso reflexivo, de argumentación y razonamiento jurídico, mediante el cual, se evalúan los pros y contras relevantes con el fin de tomar una decisión. Inicia inmediatamente después de que se “cierra” la audiencia de prueba o complementaria, las partes exponen sus conclusiones, y el tribunal la da por concluida (102.5) e indica si la sentencia se dictará en forma oral o escrita (61.1).

Posterior a la deliberación sobre todos los aspectos fácticos y jurídicos de relevancia, el o la informante recoge los puntos esenciales de la discusión y redacta un proyecto que pone en conocimiento de las otras personas que integraron el tribunal en la audiencia de prueba, quienes hacen observaciones en aspectos de forma y de fondo, con lo cual la sentencia queda lista, se incorpora al escritorio electrónico y se procede a su validación electrónica. Para este momento, ya todos las personas integrantes deben haber manifestado su conformidad con la redacción.

No obstante, tal y como **Llobet (2009)** señala, no todo el tiempo se cumple ese ideal para la Administración de Justicia, debido a que los tribunales colegiados no siempre realizan una deliberación con el análisis pormenorizado de las pruebas, los argumentos y los aspectos jurídicos:

*Contrario a lo que se pueda creer, en muchas ocasiones las discusiones en la deliberación son sobre aspectos ajenos al asunto que se debe resolver [...] Por otro lado, cuando se lleva a cabo un análisis probatorio en la deliberación, el mismo en diversas ocasiones no es de carácter racional, sino meramente intuitivo, sin que se den mayores razones por las que debe creérsele a un testigo y no a otro (p.524).*

Así para evitar esa ligereza en la sustanciación de una resolución, es fundamental tener claras algunas reglas básicas a las cuales está sometido el proceso de la deliberación minuciosa que requiere el dictado de una sentencia judicial.

## Concepto

Entendemos la deliberación para el dictado de una sentencia dentro de un proceso judicial como un acto jurisdiccional donde los y las miembros

<sup>1</sup> Todas las normas citadas entre paréntesis, a menos que se informe lo contrario, corresponden al Código Procesal Civil vigente, Ley N.º 9342. Los resaltados no corresponden al texto original.

del Tribunal Colegiado que participaron en la evacuación (práctica) de la prueba se reúnen en forma secreta y discuten todos los aspectos fácticos y jurídicos de relevancia para la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

En otros ámbitos, la deliberación puede ser pública o privada, y se le considera como esencial:

*[...] para la racionalización tanto de las decisiones individuales como de las colectivas. De hecho, la deliberación, en cuanto proceso en el que se comparan y sopesan las diversas posibilidades de acción según sus ventajas o desventajas respectivas y dentro del objeto de atender a un fin preciso, puede ser puesta en marcha tanto en el ámbito estrictamente personal como en espacios públicos. (Velasco, 2009).*

La sentencia es el producto de un proceso interno complejo, con una deliberación y votación secreta, cuyos argumentos no son conocidos por las partes hasta el momento de la notificación de la resolución.

En relación con el proceso de formación interna de la sentencia, esto es el razonamiento que las personas juzgadoras deben seguir para tomar una decisión mediante la cual se dé solución a una controversia, **López (2017)** indica:

*Indiscutiblemente lo más importante de la operación mental que debe realizar el tribunal en la formación interna de la sentencia no es la forma en que esta se realice, sino en que esa operación se de realmente, porque de esos razonamientos se derivan los motivos que dan lugar a la decisión. Una vez realizada esa operación mental y encontrados aquellos motivos que sustentan la decisión, no basta con que el tribunal exprese únicamente la solución, es necesario que externe ese razonamiento,*

*para que el justiciable tenga conocimiento de los motivos por los cuales su pretensión fue admitida o rechazada (p. 524).*

Una vez comprendido el concepto, vamos a ver a qué reglas está sometido este análisis de las ventajas e inconvenientes cuando se trata del pronunciamiento de una sentencia judicial.

### **Reglas en cuanto a la forma**

El Código Procesal Civil presenta algunos lineamientos que se deben considerar en el proceso de deliberación para la toma de decisiones, de particular interés para emitir resoluciones judiciales. La primera norma se refiere, en general, a todas las resoluciones judiciales y establece que:

*las resoluciones deberán ser fundamentadas, claras, precisas, concretas y congruentes (artículo 28).*

Esta exigencia de la legislación conlleva un ejercicio de razonamiento y argumentación jurídica, con la participación activa de todas las personas integrantes del Tribunal Colegiado de Primera Instancia. A la vez, impone también un orden y una rigurosidad en cuanto al tratamiento de los temas que se deben deliberar y votar, sean aspectos fácticos o jurídicos. **Atienza (2013)** considera que:

*las cuestiones que llegan a los tribunales superiores son cuestiones jurídicas, esto es problemas de interpretación normativa (en sentido amplio) y raramente (de manera muy limitada) cuestiones de hecho. [Añade, sin embargo que] si se toma a todo el sistema judicial en su conjunto, la mayor parte de las argumentaciones que realizan los jueces se refieren a problemas fácticos (p. 703).*

Así, por ejemplo, el irrespeto a este ejercicio argumentativo reglado podría derivar en la ausencia o contradicción grave en la fundamentación del tribunal, lo cual es motivo de nulidad de la sentencia y causal expresa del recurso de casación por razones de orden procesal (69.2.4).

Valga recordar, por otra parte, que la sentencia debe resolver todos y cada uno de los puntos que hayan sido objeto del debate y no podrá comprender otras cuestiones diversas a las demandadas (61.2), siendo tal la importancia de la regla de la congruencia que su violación es motivo de nulidad de la sentencia y causal expresa de casación (69.2.6).

### Criterios de valoración

Otra regla que debe ser considerada por el tribunal colegiado civil es la valoración de la prueba conforme a la sana crítica, la cual, según la actual normativa procesal, implica que: *“Las pruebas se apreciarán en su totalidad, conforme a criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa”*. (41.5).

Con ello, se dejan de lado otras formas de valoración, tales como el sistema de prueba tasada o la valoración a conciencia. A propósito del tema de la valoración probatoria, **Taruffo (2008)** reflexiona:

*El juzgador tiene que asumir que las pruebas son el punto de partida de un razonamiento que debe conducirlo a una conclusión que resuelva la incertidumbre sobre los hechos del caso y establezca qué hechos se ha demostrado son verdaderos (p. 131).*

Así, al momento de la deliberación, el tribunal colegiado civil de primera instancia debe valorar

todas las probanzas en forma integral y debe indicar a cuáles da más valor o credibilidad y a cuáles no, según los criterios supraexpuestos.

### Plazos

En la nueva normativa procesal civil, se fijan límites temporales -ordenatorios- de la actuación del tribunal colegiado civil:

*Tratándose de sentencias, el plazo para deliberar no deberá exceder de dos días, salvo en procesos complejos en los cuales se extenderá a cinco. Terminada la redacción se comunicará lo resuelto. Cuando se trate de la sentencia deberá constituirse en la audiencia al menos un juez del tribunal. (50.6)*

Los plazos señalados en esta norma se complementan con los plazos para dictar sentencia establecidos en el artículo 61.1, en principio el plazo legal para tener redactada y votada la sentencia, conforme a lo dispuesto por el legislador, son cinco días hábiles (o quince días hábiles en procesos complejos), cuando el tribunal determine hacerlo en forma escrita, pues si resuelve en forma oral, el dictado de la sentencia se efectúa una vez concluida la audiencia.

Recordemos que si, por la naturaleza o circunstancias del proceso, o porque no existe prueba que practicar (tal es el caso de los procesos de “puro derecho”) o por cualquier otra razón, no se justifica el señalamiento para audiencia de prueba, el tribunal puede prescindir de esta (102.2). En este caso, el plazo para dictar sentencia es el mismo (cinco días hábiles o quince días hábiles en procesos complejos), a partir de la conclusión de la audiencia preliminar o única.

Consideramos que dichos plazos comprenden todas las etapas (deliberación, votación, redacción, validación). No obstante, hay quienes



opinan que el plazo para deliberar es aparte. Eso sí, tales plazos no incluyen la comunicación a las partes de la sentencia integral, ya sea oral o escrita. Si es oral, las partes quedan notificadas en la audiencia (29.1).

Si la sentencia es escrita, se notificará al medio señalado por las partes (29.2), en el plazo fijado en la actual normativa procesal: “*la notificación siempre deberá hacerse dentro de los cinco días siguientes al que se dictó la respectiva resolución*” (artículo 2 de la Ley de Notificaciones Judiciales N.º 8687).

Valga señalar que el Código Procesal Civil no prevé sanción de nulidad de la sentencia ante el incumplimiento del plazo. Sin embargo, la Ley Orgánica del Poder Judicial N.º 7333 sí establece responsabilidad disciplinaria:

*Artículo 5.- Si los jueces no cumplen con los plazos establecidos para realizar sus actuaciones y, en su caso, dictar resoluciones, la parte interesada podrá urgir el pronto despacho ante el funcionario judicial omiso, y si no lo obtiene dentro del término de cinco días naturales podrá interponer la queja por retardo de justicia ante la Corte Suprema de Justicia o la inspección judicial, según corresponda [...].*

Por tanto, si por alguna circunstancia, no puede emitirse la sentencia en los plazos señalados, es deber del tribunal hacerlo con la mayor brevedad posible.

## Etapas

El artículo 60CPC señala las etapas o las fases necesarias en el dictado de las resoluciones en los tribunales colegiados civiles:

*En los asuntos que se deban resolver después de una audiencia, la **deliberación, votación,***

***redacción y validación** de la resolución corresponderá a los integrantes que hayan asistido a esta, aunque después hubieran dejado de ejercer sus funciones en el tribunal por traslado, ascenso, vencimiento del nombramiento, jubilación o renuncia. (60.1)*

De este primer párrafo, se extrae que el dictado de una sentencia en un tribunal colegiado civil es en realidad un proceso complejo, constituido por varios actos sucesivos y entrelazados entre sí, denominados por los corredactores del CPC, deliberación, votación, redacción y validación. Aunque la legislación no los define, están basados en nuestra experiencia y normas procesales, y parafraseando los diccionarios jurídicos, tales como **Cabanellas (1993)**, entendemos que se refieren a lo siguiente:

- **Deliberación:** Examen detenido de las ventajas e inconvenientes de un asunto, esto es proceso de discusión de los argumentos a favor y en contra, en cada uno de los puntos objeto del debate: hechos, pretensiones, excepciones, etc.
- **Votación:** Acto jurisdiccional, continuo y secreto, sobre los aspectos fácticos y jurídicos del proceso, en el cual debe votarse cada uno de dichos aspectos por separado.
- **Redacción:** Una vez votado, si hay unanimidad, corresponde al ponente redactar el proyecto de resolución judicial. Si el ponente es minoría, le corresponderá a alguna de las personas juzgadoras que conforman la mayoría.
- **Validación:** Aprobar, autenticar, autorizar, esto es la conformidad de los y las miembros del tribunal que votaron el proyecto con su redacción final. Culmina con la firma física o electrónica del documento.

Así, aunque parezca innecesario recordarlo, pero como no siempre se cumple a cabalidad, el proceso de dictado de la sentencia en un tribunal colegiado civil de primera instancia necesariamente deberá agotar todas estas fases.

### Principio de inmediación

Otra regla importante que se contempla en la normativa procesal civil (60.1), al exigir que la deliberación “corresponderá a los integrantes que hayan asistido”, es el respeto al principio de inmediación, contenido también en el artículo 2.7:

*Las sentencias deberán dictarse por el tribunal ante el cual se practicaron las pruebas:*

La inmediación es una exigencia de la normativa procesal civil costarricense, en cuanto ordena que todos los miembros del tribunal colegiado que participan en la audiencia de prueba deben ser los que emitan la sentencia. Al respecto, **Antillón (2001)** comenta:

*Como su nombre lo indica, el principio de inmediación exige que el juez esté presente en los actos del proceso, y particularmente en los debates orales de evacuación de la prueba, de manera que pueda conseguir una impresión directa, sin intermediarios, acerca de todo lo que ocurre en el proceso. Contra lo que se pensaba en el pasado, ahora se estima que esa “contaminación” del juez con los elementos de la realidad constituye una condición indispensable para que pueda él dictar una sentencia adecuada a los hechos del conflicto y justa en sus soluciones. (p. 442)*

Como excepción, en algunos casos, podría ser que alguna de las personas que integró el tribunal en la audiencia de prueba no pueda participar en el dictado de la sentencia:

*Estarán imposibilitados de participar quienes sean suspendidos o hayan dejado su cargo por otros motivos. (60.1)*

*Si después de la audiencia se imposibilitara alguno de los miembros, de tal manera que no pueda asistir a la discusión y votación, los restantes tomarán las medidas pertinentes para realizar la deliberación, incluso, trasladándose al lugar donde se encuentre el integrante imposibilitado o utilizando medios tecnológicos que permitan la decisión. Si no fuera factible integrar al imposibilitado, se decidirá el asunto por los demás que hubieran asistido a la audiencia, si pueden formar mayoría; caso contrario, se procederá conforme a lo dispuesto para la discordia. (artículo 60.1)*

Valga recordar que la utilización de medios tecnológicos que garanticen la relación directa con los elementos del proceso no implica ruptura del principio de inmediación (2.7).

### Secretismo

El artículo 50.6 CPC establece que: “La deliberación para resolver será siempre secreta y el tribunal, cuando lo estime necesario, analizará si se retira de la sala de audiencia”.

En cuanto al sitio para deliberar, sobre todo en el caso de una sentencia, y a fin de garantizar el secreto de la deliberación y votación, si el tema es complejo, lo aconsejable es que las personas integrantes del tribunal se retiren de la sala de audiencia y busquen una oficina aparte, no solo para evitar distracciones o presiones externas, sino también para discutir y expresar libremente las opiniones de los y las miembros, sin que las partes o sus asesores legales perciban sus argumentos.

El artículo 60.2 también establece reglas en cuanto al secretismo en la deliberación y la votación, pues

inicia señalando que: “*En los tribunales colegiados la discusión y votación de las resoluciones serán secretas y dirigidas por quien preside*”.

El “secretismo” que refieren estas normas es respecto a las personas ajenas a los y las miembros del tribunal colegiado. Si el proceso de deliberación y votación de las resoluciones no es público, los y las miembros deben retirarse a un recinto aparte a expresar sus argumentos en favor y en contra.

Sin afán de disgregarnos en este punto, sí es relevante señalar que Costa Rica ha optado por un sistema “flexible” en cuanto al “secretismo” de la deliberación, pues se permite que las personas disidentes expresen sus opiniones (como notas o votos salvados) a las sentencias, lo cual no es posible en otros sistemas más herméticos, según explica **Tortolero (2006)**:

*Es así como en Francia y en Italia, la reticencia a permitir a los jueces individuales el expresar puntos de vista contrarios al bando mayoritario del tribunal (¡y dentro de la misma sentencia!) puede ser ligada directamente a la tradición continental europea de los cuerpos judiciales, e identificada con la manera de trabajar de las jurisdicciones civiles, penales y administrativas en aquellas latitudes (p. 350).*

### **Dirección de la discusión**

La normativa procesal ordena la discusión interna, al establecer quién dirige la deliberación y la votación (60.2), por lo que le corresponderá tal labor a quien preside, persona juzgadora a quien los otros y las otras miembros del tribunal le asignaron dicha función. Usualmente es aquella persona juzgadora a quien se asignó la tramitación del proceso judicial y quien, a su vez, dirigió la audiencia de prueba. Este miembro del

tribunal deberá presidir, exponer su criterio y dar la oportunidad a los otros y las otras miembros para que expresen sus ideas.

No obstante, en ocasiones, es conveniente que sea alguien diferente al “ponente”, quien deberá concentrarse en la exposición del caso, en tanto quien “preside” dirige la discusión y otorga la palabra.

Aunque parezca una cuestión de lógica y conveniencia, a veces las personas que integran el tribunal colegiado civil pueden tener serias diferencias, en ocasiones a nivel personal, por lo cual no está demás reglamentar tales actividades.

### **Buenas prácticas**

La normativa procesal civil establece que: “*El informante someterá a la deliberación del tribunal las cuestiones de hecho y de derecho*” (60.2). En este punto, es importante advertir que, previo a la celebración de la audiencia complementaria (de prueba), es conveniente revisar lo resuelto en la audiencia preliminar (prevista en el artículo 102.3) respecto a la determinación del objeto del proceso (hechos, pretensiones, etc.), fijación de lo que será el objeto del debate (los hechos controvertidos), la prueba admitida y cualquier otro aspecto que se considere relevante.

A diferencia de otras materias (en donde se recomienda que la persona juzgadora llegue “virgen” a la audiencia), en materia civil, sí es necesaria una preparación y conocimiento previo del expediente, lo cual permitirá la fluidez de la audiencia oral y posterior deliberación, evitando -por ejemplo- distracciones o retrasos por la discusión sobre hechos no controvertidos o interrogatorios irrelevantes.

Organizaciones tales como el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) han elaborado

manuales donde se recomiendan buenas prácticas en el manejo de audiencias judiciales. Así, **Ríos (2018)** aconseja desagregar el debate a partir de los elementos jurídicos de la teoría legal, en torno a los hechos o a la prueba, etc., lo cual variará de caso en caso, según la experiencia de la persona juzgadora: *“Desagregar el debate en tantos puntos como sea necesario para focalizar el análisis de la cuestión y avanzar hacia su resolución, siguiendo para ello un orden lógico conforme a los presupuestos de hecho y/o derecho”*. (p.89)

En el mismo sentido, **Alpízar (2017, pp. 99-117)** recomienda tener presentes en todo momento los presupuestos formales (competencia del tribunal, capacidad procesal, formalidades de la demanda) y materiales (legitimación activa, legitimación pasiva, derecho, interés actual, entre otros) de la acción jurídica cuya discusión se plantea.

### Acto continuo

Aun cuando parece una regla elemental, se resalta que, necesariamente antes de la votación, debe haber deliberación, sea la exposición de los argumentos a favor y en contra, expresados por cada una de las personas integrantes del tribunal colegiado, en torno a cada uno de los extremos objeto del pronunciamiento. Según la norma, la votación debe ser un acto continuo, esto es, las personas integrantes deberían permanecer en el recinto hasta que hayan tomado la decisión (o decisiones) del caso:

*Prevía discusión, se procederá a la votación, la que no podrá interrumpirse sino por algún impedimento insuperable. Para que haya resolución es necesario el voto conforme de la mayoría de todos los miembros, sobre cada uno de los puntos objeto de pronunciamiento.*(60.2)

A diferencia de la votación, la fase previa de deliberación puede darse en uno o varios momentos. Usualmente el tribunal la inicia tan pronto se termina la audiencia de prueba, y las partes exponen sus conclusiones. Se va discutiendo punto por punto hasta que se logra unanimidad o mayoría, evitando entrar al análisis de otros casos sometidos a su conocimiento. No obstante, se puede interrumpir la deliberación si se considera necesario, por ejemplo, revisar en forma minuciosa la prueba documental, obtener doctrina o jurisprudencia sobre el aspecto jurídico debatido.

Por consiguiente, no se trata simplemente establecer, en términos generales, si se declara con lugar la demanda o no, pues la discusión en ese momento sobre todos los puntos (hechos, pretensiones, excepciones, costas, etc.) evitará luego sorpresas o retrasos en la redacción del proyecto de sentencia y en su posterior validación.

### Regla de la mayoría

**Alvarado (2011)** afirma que *“una norma implícita que rige inexcusablemente en el mundo que acepta la colegiación tribunalicia, determina que sus componentes lo sean en número impar a fin de posibilitar la adecuada formación de una mayoría decisoria que sea absoluta”*.

Citamos dicha frase, pues resume la importancia de la regla de la mayoría, la cual indica que no siempre tiene que haber unanimidad en una decisión judicial. Si bien es deseable lograr consensos en la generalidad de los asuntos, para la creación de criterios uniformes del tribunal colegiado, en más de una ocasión, habrá algún aspecto con el que no todas las personas estarán de acuerdo; pero sí van a contribuir con sus aportes.

Así se destaca en la dinámica de un tribunal colegiado la posibilidad de disentir, ya sea que un o una miembro puede votar negativamente, sobre uno o varios aspectos, pero necesariamente debe expresar su opinión y voto en la resolución:

*Cuando la resolución tenga varios extremos que dependan unos de otros, el haber votado negativamente en los primeros, sobre los cuales haya habido mayoría, no será motivo que autorice al integrante que así hubiera votado para dejar de concurrir con su opinión y voto a la resolución de los demás.*

Por ejemplo, se discuten un incumplimiento contractual y la subsecuente responsabilidad civil. La mayoría determina que sí hubo incumplimiento. El o la disidente estima que no hay incumplimiento. Sin embargo, deberá concurrir con su opinión y voto en cuanto al monto de los daños y perjuicios que se otorgarán a la persona accionante.

## Redacción

También la asignación de la responsabilidad en la redacción de la sentencia es una regla básica:

*Corresponde al informante la elaboración de la resolución. Cuando no se conformara con el voto de la mayoría, se asignará a otro de los integrantes. Quienes hubieran disentido de la mayoría salvarán su voto de manera razonada, lo cual deberán hacer dentro del plazo para la elaboración.*

Es bueno recordar que el plazo para el dictado de la sentencia incluye al voto salvado, por lo cual es responsabilidad de quien haya disentido elaborarlo dentro del plazo de ley.

Ahora bien, en la práctica sucede que, por diversas circunstancias, la persona encargada de la redacción de la sentencia no cumple con su elaboración

en los plazos de ley. Los otros y otras miembros podrían colaborar en la redacción, recordando que como miembros del tribunal todos y todas están sometidos a responsabilidad disciplinaria.

Una situación diferente es aquella de la persona juzgadora que emite el voto salvado, pero no lo redacta. En este caso, la resolución de la mayoría es suficiente, y quedará constancia del disenso únicamente para efectos informativos.

## Discordia

A propósito del tema de los desacuerdos, el artículo 60.3 prevé un procedimiento particular para resolver, la denominada **discordia**:

*Si no se pudiera alcanzar mayoría en algún punto sometido a votación, se elaborará y suscribirá la decisión sobre la que se obtuvo mayoría, la que se mantendrá reservada y se agregará a lo que luego se resuelva sobre los puntos discordes. Para resolver la discordia, se integrará con los jueces necesarios para conformar un tribunal impar.*

Nuevamente vemos la regla de la mayoría, la cual prima en un tribunal colegiado, ya que deberá procurarse a través de la discusión y el convencimiento. Finalmente, el artículo 60.3 CPC dispone:

*El integrante o los nuevos integrantes formarán su criterio con sustento en el soporte de la audiencia. Solo cuando se afecte el principio de inmediación se celebrará una nueva audiencia, dentro de los diez días siguientes, que se limitará a los puntos sobre los que exista discordia y los que dependan de estos. Si no se obtuviera mayoría y existiera voto único, este deberá adherirse forzosamente a cualquiera de los otros votos, a fin de formar mayoría.*

## Conclusión

El dictado de una sentencia en un tribunal colegiado civil de primera instancia es una actividad compleja, sometida a reglas fijadas por el ordenamiento jurídico, las cuales son referidas al momento, lugar, a la forma, los plazos y los contenidos, siempre con respeto al principio de inmediación.

La atención a estas normas ordenará y facilitará en buena medida la interacción de las personas integrantes del tribunal en el proceso de deliberación, votación, redacción y validación, evitando conflictos posteriores.

La transparencia y la fundamentación suficiente en la toma de decisiones judiciales, reflejada en los votos unánimes, de mayoría o minoría, dan credibilidad al sistema judicial.

Por tanto, en el modelo oral, deben ser desechadas las prácticas propias del sistema escrito, tales como circular un proyecto de sentencia para que las otras personas hagan sus observaciones, sin haber efectuado una auténtica deliberación.

Finalmente, las buenas prácticas previas, durante y posteriores a la audiencia de prueba coadyuvarán al dictado de una sentencia judicial que cumpla los estándares básicos y en los plazos establecidos en el Código Procesal Civil.

## Referencias bibliográficas

Alpízar Rodríguez, Ruth. (Julio de 2017). Litigar por presupuestos y acción procesal. *Revista Judicial*. N.º 121. Escuela Judicial, pp. 99-117.

Alvarado Velloso, Adolfo. (2011). Formación de las mayorías en los tribunales colegiados. *Revista Ius et Praxis*. Año 17, n.º 1, pp. 271-280.

Antillón Montealegre, Wálter. (Enero de 2001). *Teoría del proceso jurisdiccional*. 1ª edición, San José, C.R., IJSA.

Atienza Rodríguez, Manuel. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.

López González, Jorge Alberto. (2017). *Curso de derecho procesal civil costarricense: según el nuevo código (parte general)*. 1ª edición, San José, C.R.: EDiNexo.

Llobet Rodríguez, Javier. (2009). *Proceso penal comentado*. 4ª edición, San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental.

Ríos, Erick. (2018). *Manual de dirección de audiencias orales en la nueva justicia civil de Costa Rica*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, Santiago, Chile.

Taruffo, Michele. (2008). *La prueba*. Madrid: Ed. Marcial Pons.

Tortolero Cervantes, Francisco. (2006). El secreto de las deliberaciones judiciales a debate. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. UNAM. Volumen 56, n.º 205.

Velasco, Juan Carlos. (2009). Democracia y deliberación pública. *Confluencia XXI. Revista de Pensamiento Político*, n.º 6, México.

## Diccionarios

Cabanellas de Torres, Guillermo. (1993). *Diccionario jurídico elemental*. Editorial Heliasta S.R.L.,

Versión electrónica, en:

<https://es.slideshare.net/YuhryGndara/diccionario-juridicoelementalguillermocabanellas>

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Versión electrónica en: <https://dle.rae.es/diccionario>

# VIGILANCIA ELECTRÓNICA DE LAS COMUNICACIONES A LA LUZ DE NUESTRA NORMATIVA: REALIDADES Y DESAFÍOS

M.Sc. Mario de Jesús Jiménez Aguilar \*

## RESUMEN

*El presente artículo pretende ofrecer algunas ideas elementales sobre los nuevos desafíos normativos y prácticos a los que se enfrentará Costa Rica de cara a la implementación de la vigilancia electrónica en la investigación del crimen organizado, considerando los aportes del Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia de 2001 y las experiencias de países como Estados Unidos, Brasil, Francia o Australia, de tal suerte que las reformas legislativas que se planteen encuentren un justo balance entre dotar a las autoridades policiales de herramientas ágiles y eficaces a la altura de la era digital en el combate al crimen organizado y la necesaria tutela de los derechos fundamentales.*

**Palabras clave:** *Intercepción de las comunicaciones, crimen organizado, redes sociales, vigilancia electrónica, derechos fundamentales.*

## ABSTRACT

*This article will offer readers elemental ideas about next challenges in law reforms would face Costa Rica with electronic surveillance on organized crime investigations, considering regulatory provisions of the Budapest Covenant of 2001 and experiences of countries as United States, Brazil, France or Australia, in such a way as new law reforms allow investigators prosecute organized crime with efficient technology tools but in a total respect of Constitutional rights involved.*

**Key Words:** *Communications tapping, organized crime groups, social media, electronic surveillance, constitutional rights.*

Recibido 7 julio 2020

Aprobado 12 agosto 2020

---

\* Máster en Administración de Justicia Penal, Universidad Nacional de Costa Rica; licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica; juez contralor propietario, Centro Judicial de Intercepción de las Comunicaciones CJIC. [mjimenezag@poder-judicial.go.cr](mailto:mjimenezag@poder-judicial.go.cr)

## I. Introducción

El auge cada vez más creciente en la Intercomunicación global impactó positivamente en la vida de las personas usuarias de las distintas tecnologías de la información al permitirles, desde cualquier latitud, la adquisición de bienes y servicios con solo un *click*: basta contar con un *smartphone*, *tablet* o cualquier otro “dispositivo inteligente” y acceso a Internet para descubrir un mundo cibernético abrumado de ofertas atractivas para las personas navegadoras.

El mundo de los negocios -y aun el de las relaciones interpersonales- dieron un giro significativo desde la génesis de las redes sociales (RRSS) y las aplicaciones (*Apps*), acuñándolas como los medios de comunicación predilectos por la gran mayoría de personas usuarias.

Es cada vez más frecuente la reserva de boletos de avión u hoteles de descanso desde páginas de Internet oficiales o a través de *buscadores* que empleando los añejos métodos como la llamada telefónica, habida cuenta de que es mucho más económica e informadora que aquella.

Pese ello, también es un hecho que dichas herramientas son cada vez más empleadas por los y las ciberdelincuentes para la comisión de hechos ilícitos, aprovechando las facilidades del anonimato y el contexto de acción criminal (*ciberespacio*) que les proporcionan estas tecnologías.

Delitos graves como la pornografía infantil y la corrupción de menores, estafas mayores, tráfico de personas, tráfico de estupefacientes o legitimación de activos son algunas de las conductas delictivas, cuyos autores, autoras y partícipes encuentran en las RRSS y *Apps* un vehículo gratuito, ágil y anónimo para la transmisión de datos y de alcance

global para consumir sus fines, dificultando, en muchos casos, la oportuna acción policial y, con ello, propiciar terreno fértil para la impunidad.

La imposibilidad de interceptar en tiempo real el contenido de las comunicaciones que se materializan vía Internet o correos electrónicos ofrece al crimen organizado ventajas de gran envergadura que deben llamar profundamente la atención sobre la existencia de leyes obsoletas o adecuadas para la nueva era de la información; pero sin mayor aplicación práctica, anteponiendo claro está, los derechos fundamentales de la ciudadanía como límite al poder público.

En este artículo, se expondrán brevemente las experiencias legislativas de países “pioneros” en este tema, así como los alcances de la normativa imperante en Costa Rica y sus desafíos en punto a la cada vez más necesaria interceptación en tiempo real, los datos contenidos en redes sociales, aplicaciones, correos electrónicos de los autores, las autoras o partícipes de delitos graves.

## II. La interceptación de las comunicaciones telefónicas: el método clásico

La Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, N. °7425 del 9 de agosto de 1994 y sus reformas, así como Ley contra la Delincuencia Organizada y sus enmiendas, N.° 8754 del 24 de julio de 2009, constituyen el texto legal base que faculta a las autoridades jurisdiccionales a ordenar y ejecutar la interceptación de las comunicaciones privadas en tiempo real a cargo de la persona juzgadora territorial o, cuando así lo disponga, por delegación al Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones (CJIC).



Como derivado de los límites que impone el canon 24 Constitucional<sup>1</sup>, estas potestades intrusivas del poder público solo resultan procedentes en la investigación criminal de delitos graves y con absoluta supervisión jurisdiccional. La experiencia forense actual señala que dicho centro, cuya naturaleza es eminentemente jurisdiccional, ubica su actividad en la escucha y discriminación de comunicaciones telefónicas que se materializan a través del desvío de líneas convencionales que las operadoras telefónicas ejecutan por mandato.

Empero, esa misma experiencia apunta a una utilización cada vez más acentuada de herramientas electrónicas a cargo de personas autoras y partícipes de delitos graves, como instrumentos de fácil acceso y dotados de total confidencialidad que terminan obstaculizando la acción policial oportuna.

En ese sentido, conviene examinar si Costa Rica cuenta con una legislación y recursos prácticos para lograr una adecuada vigilancia sobre la actividad criminal más allá de aquella que se verifica actualmente mediante la interceptación de comunicaciones telefónicas.

No está de más recordar, que ambos textos legales (Leyes 7425 y 8754) autorizan la interceptación de medios *digitales* y *electrónicos*<sup>2</sup>, dentro de los límites establecidos por la misma normativa, pero se carece de una descripción sobre qué mecanismos de ejecución práctica sustentarán

estas labores de vigilancia, lo que parece que deja vacío de contenido a dicho articulado. No es extraño escuchar que el crimen organizado “va un paso adelante” de la acción policial en sentido tecnológico. Esta afirmación bien podría ser cierta en la medida en que se sigan empleando los mismos mecanismos de comprobación delictiva que, aunque legítimos, parecen seguir siendo insuficientes.

### III. La vigilancia electrónica según el Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia de 2001

Mediante Ley de la República N.º 9452 del 26 de mayo de 2017, vigente a partir del 1 de enero de 2018, Costa Rica se adhiere al **Convenio de Europa sobre Ciberdelincuencia o Convenio de Budapest de 2001**, en el cual los Estados suscribientes se comprometen a establecer en sus ordenamientos internos las herramientas jurídicas necesarias para combatir los delitos informáticos *per se* o cuando constituyan el medio para cometer otros ilícitos graves. En términos generales, el Convenio hace un balance entre la necesidad de tipificar conductas criminosas cometidas en el *ciberspacio* y la urgida protección de los datos contenidos en los “sistemas informáticos”, incluso con sanciones también punitivas para quienes vulneren ilegítimamente la privacidad de su contenido.

Cabe destacar, que con arreglo al artículo 1<sup>3</sup>, existen cuatro definiciones básicas que informan

1 El numeral 24 Constitucional en lo que interesa: “garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones [...] Igualmente la Ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo [...] Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial [...]”. Constitución Política de la República de Costa Rica, en <http://www.pgrweb.go.cr/>, consultada el 2/13/19.

2 Los artículos 9 de la Ley 7425 y 15 de la Ley 8754 de Costa Rica catalogan como documentos privados los contenidos digitales y electrónicos del ciberespacio. Consultados en <http://www.pgrweb.go.cr/>, el 2/13/19.

3 Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia de 2001, consultado en <http://pgrweb.go.cr/> el 2/13/19.

dicho instrumento y que pueden resumirse de la siguiente forma: a) “sistema informático” entendido como todo dispositivo aislado o intercomunicado que permite la ejecución de un programa; b) “datos informáticos” que consisten en todo contenido representativo de hechos que hace posible la comunicación; c) el “proveedor de servicios” que alude a cualquier entidad pública o privada que ofrezca a las personas usuarias posibilidades de comunicación o que procese o almacene datos informáticos y los “datos de tráfico” que son todos aquellos que sin revelar el contenido de la información, sí detallan aspectos referenciales tales como: origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño y duración de la comunicación.

Para una mejor comprensión, dentro de “sistema informático”, se incluirán la Internet, redes sociales, aplicaciones y cualquier otro dispositivo informático afin de que permitan el almacenamiento y comunicación de datos; el “dato informático” como el contenido privado y más sensible en el fenómeno de transmisión de datos electrónicos y los “datos de tráfico” como aquellos que sin ser estrictamente confidenciales ofrecen información sobre los movimientos comunicativos entre las personas usuarias, incluyendo su geolocalización.

En lo conducente a los proveedores del servicio, estos deberán incluir no solo las operadoras locales de servicios de Internet (en Costa Rica, Kolbi, Claro, Movistar), sino también las grandes compañías extranjeras administradoras de redes sociales y aplicaciones de alta demanda (*Facebook, Whastapp, Messenger*, entre otras).

Ahora bien, a efectos de dar cumplimiento a los objetivos de este artículo, nos limitaremos a examinar los alcances del Convenio sobre la obtención en *tiempo real* de los datos de tráfico y los datos informáticos. En lo concerniente

a los **datos de tráfico**, el artículo 20 del citado Convenio reseña en lo que interesa:

*cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para facultar a sus autoridades competentes a: obtener o grabar mediante la aplicación de medios técnicos existentes en su territorio y b. obligar a un proveedor de servicios, dentro de los límites de su capacidad técnica: i. obtener o grabar mediante la aplicación de medios tecnológicos existentes en su territorio o, ii. Prestar a las autoridades competentes su asistencia para obtener; grabar en tiempo real, los datos sobre el tráfico asociados a comunicaciones específicas transmitidas en su territorio por medio de un sistema informático.*

Como se apuntó líneas atrás, estos datos no aluden al contenido privado de la información, aunque no por ello, quedan excluidos de la tutela del canon 24 Constitucional sobre el derecho fundamental al secreto y a la privacidad de los documentos y las comunicaciones privadas. Pese a su naturaleza estrictamente *referencial*, estos datos sí brindan información valiosa que permite a las autoridades policiales, al menos, conocer la hora y fecha exactas en que se ejecuta la transmisión de datos o aun la *geolocalización* de la persona usuaria, proporcionando algunos datos sobre su ubicación actual.

En lo atinente a la interceptación de *datos informáticos* o “**datos de contenido**”, el numeral 21 del mismo Convenio refiere en lo conducente que:

*cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para facultar a las autoridades competentes, por lo que respecta a una serie de delitos graves que deberán definirse en su derecho interno: a) a obtener o grabar mediante la aplicación de medios técnicos*

*existentes en su territorio; y b) obligar a un proveedor de servicio dentro de los límites de su capacidad técnica: i. a obtener o grabar mediante la aplicación de medios técnicos existentes en su territorio; ii. a prestar a las autoridades competentes su asistencia y su asistencia para grabar en tiempo real, los datos sobre el contenido de determinadas comunicaciones en su territorio, transmitidas por medio de un sistema informático [...] (énfasis es propio).*

Sobre el particular, creemos importante anotar las siguientes limitaciones de orden jurídico y pragmático:

- 1) **La obligatoriedad al proveedor de los servicios de Internet se condiciona según su capacidad técnica.** Hoy día, los instrumentos de tecnología de la información que gozan de mayores ventajas a sus usuarios y usuarias por la versatilidad de sus funciones en la transmisión de datos informáticos y por su encriptación de extremo a extremo (*Facebook, Messenger y Whatsapp*) no son propiedad de las personas proveedores de los servicios en cada país, sino de una empresa multinacional domiciliada en los Estados Unidos de Norteamérica y liderada por Mark Zuckerberg, fundador de *Facebook*. Esta compañía ha hecho patente su política de no facilitar información privada como parte de su estrategia comercial para atraer y conservar a sus cientos de millones de usuarios y usuarias diarios.

Recientemente, la compañía adquirió la red social *Whatsapp* por un total de 17 000 millones

de euros<sup>4</sup>, lo que confirma el monopolio casi total que ejerce esa empresa transfronteriza de tráfico de datos. En este panorama, parece que los “proveedores de servicio local” poco o nada podrían hacer para lograr la recopilación de datos informáticos emanados de las redes sociales o aplicaciones que facilitan a sus usuarios y usuarias y, con ello, podrían invocar “la incapacidad técnica” que sugiere el mismo Convenio.

En el 2016, la comunidad internacional conoció que personas juzgadoras brasileñas ordenaron el bloqueo de la red de mensajería instantánea *Whatsapp* por un plazo de 72 horas ante la negativa de Diego Dzodan, ejecutivo de *Facebook* para Latinoamérica, de entregar comunicaciones privadas de personas sospechosas integrantes de una organización criminal en el marco de una investigación por tráfico de drogas.

Según se informó, los sujetos empleaban el *Whatsapp* para fraguar por este medio y no por líneas telefónicas convencionales, los distintos aspectos de logística, coordinación y ejecución de las actividades ilícitas<sup>5</sup>. Al final, el tribunal *ad quem* anuló lo resuelto en primera instancia entre otras razones válidas, por ser una medida desproporcionada.

- 2) **El problema de la eficacia pragmática del Convenio.** Si la tendencia actual de los directivos de estas grandes empresas multinacionales es negar la entrega de información privada, ¿existen los remedios legales en el plano internacional para compelerlas? El Convenio está informado a lo largo de su contenido, del llamado a los Estados parte para incluir legislación que permita constreñir “a los proveedores de

4 Suárez Eduardo. “Facebook compra WhatsApp por 19.000 millones de dólares”. *Diario El Mundo* (Nueva York, 02/20/2014), página web <https://www.elmundo.es/>, accedido el 7/20/19

5 “¿Por qué Brasil se quedó sin WhatsApp por orden judicial?”. *Diario BBC Mundo* (Nueva York, 02/05/2016), página web [www.bbc.com/](http://www.bbc.com/), accedido el 7/19/19

los servicios” tanto para la entrega de datos por ellos almacenados –sean de tráfico o informáticos- como los que se verifiquen *en tiempo real*, mas no se incorpora una eventual solución al problema subyacente.

- 3) **Los problemas de inversión en infraestructura y personal humano.** Los datos informáticos que deben evaluarse se contarán por miles o decenas de miles diariamente, dada la naturaleza de *mensajería rápida* que revisten aplicaciones como *Whatsapp*. Esto obligará a replantearse el tema sobre la necesaria inversión en infraestructura y personal jurisdiccional (al menos para el caso de Costa Rica) que permita dar abasto con toda la información que es recibida.

Debe recordarse que el CJIC, como órgano contralor de legalidad, debe encargarse además de la comunicación oportuna a los oficiales encargados sobre los movimientos delictivos que realicen los intervenidos, a fin de que las autoridades policiales puedan no solo incorporar válidamente prueba al proceso (v. gr. a través del decomiso de evidencia), sino también la evitación de la comisión de otros hechos delictivos, por lo que la capacidad de respuesta del CJIC debe ser siempre oportuna.

#### IV. Los casos de EEUU y Francia: ¿el fin justifica los medios o vulneración flagrante a derechos fundamentales?

A menos de dos meses de sucedidos los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, el Senado de los Estados Unidos de Norteamérica aprobó casi por unanimidad la llamada *Ley Patriot Act*

que alude al acrónimo *Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (PATRIOT)*, la cual vendría a otorgarles poderes casi absolutos al director del FBI y a sus oficiales para ejercer mayores controles sobre la vigilancia electrónica (*electronic surveillance*) de terroristas y no terroristas<sup>6</sup>. Gracias a su aprobación, se podría ahora activar estas nuevas herramientas a delitos informáticos (*mail fraud; passport fraud*), tráfico de drogas o el *blanqueo* de activos, lo que supuso que el FBI podía contar con instrumentos informáticos que permitieran el “espionaje masivo” a la ciudadanía sin control jurisdiccional.

Esta hipótesis se confirmó en el 2013, cuando Edward Snowden reveló una enorme red de espionaje de los Estados Unidos tanto a la ciudadanía como a otras naciones a cargo de la Agencia de Seguridad Nacional (*NSA*, por sus siglas en inglés) y, con ello, la desaprobación de gran parte de la comunidad internacional. El sistema informático que les habría facilitado a las autoridades represivas ejecutar esta vigilancia masiva se denominó “PRISM”, lo que les permitía “*captar correos electrónicos, videos, fotografías, llamadas de voz y de imagen, actividad en los medios sociales, contraseñas y otros datos de usuarios contenidos por las principales empresas de internet en EEUU*”<sup>7</sup>.

Por su parte, en julio de 2015, poco tiempo después de los atentados de París, Francia votó una legislación “antiterrorista” en la que, sin la necesaria exigencia de una orden jurisdiccional, se obliga a las empresas proveedoras de los servicios telefónicos e Internet a instalar “cajas negras” que proporcionen masivamente datos telefónicos y de Internet de las personas usuarias,

6 Accedido el 2/14/2019 <https://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>

7 Márquez William. “Lo que Snowden ha revelado hasta ahora del espionaje de EE.UU”. *Diario BBC Mundo (Washington, 7/02/2013)*, página web [www.bbc.com/](http://www.bbc.com/) accedido el 7/02/19

bajo la mampara de la protección de los intereses económicos, políticos o la seguridad nacional.

Amnistía Internacional acotó sobre el particular que:

*esta ley viola flagrantemente los derechos humanos internacionales a la intimidad y a la libertad de expresión. Cualquier persona que investigase las actividades del gobierno francés o de una empresa francesa, o que organizara siquiera una protesta, podría ser sometida a formas de vigilancia muy intrusivas. Las herramientas de vigilancia masiva como las cajas negras, pondrían las comunicaciones por internet de toda la población y más allá al alcance de las autoridades francesas<sup>8</sup>.*

Ahora bien, dando por entendido que las grandes empresas multinacionales propietarias de RRSS y Apps de mensajería rápida muestran una actitud reacia hacia la *interceptación de comunicaciones digitales* de personas sospechosas del crimen organizado, nos preguntamos: ¿con base en lo dispuesto en el Convenio de Budapest, podrían impulsarse acciones legislativas tendientes a la instalación de *software* que permita la vigilancia de datos electrónicos con la debida supervisión jurisdiccional? ¿Pueden los órganos de policía tener acceso a algunos de estos datos que les permita conocer al menos perfiles en redes sociales (de acceso privado), actividades cotidianas y vínculos sociales –por mencionar algunos- que les facilite la conformación de un perfil criminal? Si esto es una realidad, ¿tienen nuestros países la capacidad financiera y estructural para el análisis en tiempo real de miles o decenas de miles de

mensajes de texto, audios, videos, entre otros que hagan funcional y operativa la labor policial en pleno resguardo de las garantías fundamentales de los mismos intervenidos y del resto de la ciudadanía?

## V. El caso de AUSTRALIA: ¿acierto o legislación intrusiva?

El 6 de diciembre de 2018, el Parlamento australiano aprobó la llamada “Ley de Asistencia y Acceso a las Comunicaciones” o “Ley Anticifrada” que obliga a las empresas administradoras de redes sociales, incluyendo *Apple, Facebook y Whatsapp*, crear en sus plataformas de seguridad de mensajería dispositivos conocidos como *backdoors* (puertas traseras) que tienen como fin descifrar los mecanismos de encriptación para acceder a las comunicaciones.

La ley incluye la potestad de obligar a las personas encargadas de Tecnologías de Información (TI) a ejecutar acciones tendientes a *debilitar* la seguridad de estos sistemas bajo pena de multa a las empresas y de privación de libertad a sus empleados<sup>9</sup>. Los “niveles de asistencia” que se regulan son tres: a) asistencia a las autoridades policiales mediante la eliminación de la protección electrónica, instalación de *software* y facilitar acceso a dispositivos o servicios; b) interceptación de las comunicaciones sin mayor trámite cuando no exista cifrado y c) la obligatoriedad de las empresas de desarrollar “nuevas capacidades” para descifrar las comunicaciones que requiera la Policía<sup>10</sup>.

8 Amnistía Internacional. “Francia: nueva ley de vigilancia, duro golpe para los derechos humanos”, página web [www.amnesty.org/](http://www.amnesty.org/) accedido el 7/20/2019

9 Tarabay, Jaime. “Australian Government Passes Contentious Encryption Law”. Diario The New York Times (Nueva York, 12/06/2018), página web <https://www.nytimes.com/accesado> el 7/22/19

10 Accedido el 07/23/2019 <https://noticiasseguridad.com>

Las críticas no se hicieron esperar, no solo en lo concerniente a la vulneración de prerrogativas fundamentales, sino también respecto a la franca desproporcionalidad de las sanciones previstas en caso de omisión. Pero además se estima que crear “puertas abiertas” implicaría un grave riesgo no solo para este país, sino también para el resto del mundo, dada la naturaleza *transnacional* de la web.

En nuestra opinión, aunque se reconoce la importancia de la vigilancia electrónica del crimen organizado para la investigación de delitos graves, desde la óptica jurídica y técnica, esta legislación incluye importantes desaciertos que deben ser advertidos: técnicamente, parece que los legisladores no se apoyaron en un estudio serio que examinara a profundidad las consecuencias derivadas del debilitamiento de los sistemas de encriptación para la totalidad de las personas usuarias. Se ha asumido que la red es una para todos, por lo que la creación de *backdoors* facilitaría que los mismos *hackers* puedan ingresar a esos sistemas y cometer otros delitos informáticos.

Otro de los problemas que se avizora tiene que ver con la *logística, personal e infraestructura* que se emplearán para la *intercepción en tiempo real* de las comunicaciones en redes sociales y aplicaciones de mensajería rápida. Aunque no se aprecia problema alguno para el decomiso y entrega de evidencia *ex post facto* (entrega formal de datos almacenados), queda la duda de cómo se evaluarán las decenas de miles de datos digitales que ingresarán día a día sin comprometer la privacidad de las personas usuarias de los servicios u otras prerrogativas como el derecho de defensa.

Cabe recordar que Costa Rica cuenta con una dependencia de carácter eminentemente jurisdiccional (CJIC) para realizar esta labor (actualmente, comunicaciones telefónicas) con

ajenidad total de la participación de empresas proveedoras.

Por su parte, en lo conducente a los desaciertos de orden jurídico, la ley otorga facultades absolutas para el manejo de estos datos en los órganos de policía, relevando, con ello, toda supervisión jurisdiccional.

Debe recordarse que al tenor del numeral 24 constitucional patrio, la intervención de comunicaciones será ordenada por los tribunales de la república bajo la estricta vigilancia y responsabilidad indelegable de las personas juzgadoras, lo que supone mayores garantías para las personas intervenidas y demás participantes no involucrados en las pesquisas. No debe echarse de menos la prohibición legal del párrafo segundo del artículo 26 de la Ley 7425 para la inclusión dentro del legajo de intervención de aquellas comunicaciones orales o escritas –y por supuesto, digitales- que ocurran entre el intervenido y su patrocinio letrado debidamente acreditado con ocasión de su derecho de defensa.

En esta misma línea, la “Ley Anticifrado” no estimó qué sucede cuando en una comunicación de este tipo, la persona defensora sugiere a la persona intervenida la comisión de hechos delictivos o contravencionales como parte de su estrategia de defensa. Difícilmente, las empresas proveedoras del servicio o aun las autoridades policiales de Australia harán las necesarias valoraciones jurídicas de previo a la correcta selección de los correos electrónicos o los datos de *Whatsapp*, *Messenger* o similares que serán lícitamente incorporados.

Por otro lado, consideramos absolutamente desproporcionadas las sanciones privativas de libertad contra los empleados de tecnología de información que, por una u otra razón de orden técnico, de seguridad cibernética o aún jurídicas, estos no puedan o no deban atender los

requerimientos policiales. Bajo esta tesitura, nos cuestionamos: ¿hasta dónde debe llegar ese deber de asistencia policial? ¿Ante qué instancia podrían los proveedores de los servicios acudir en caso de discordancias de orden técnico? ¿En cuáles conductas típicas podrían incurrir los servidores de TI, si se niegan “a colaborar”? ¿Qué negativas podrían más bien representar verdaderas causas de justificación u obediencia debida?

## VI. Una propuesta para Costa Rica

El empleo de redes sociales, correos electrónicos y aplicaciones de mensajería rápida por parte de la delincuencia organizada común y los y las cibercriminales es una realidad cada vez más acentuada en nuestro país. El acceso casi ilimitado a la información que proporciona la Internet les ha permitido conocer las prerrogativas de la utilización de dichas herramientas tecnológicas frente a otros medios convencionales –y prácticamente desfasados- de comunicación. Esto deja en franca desventaja la oportuna acción policial, la cual urge de un robusto sistema jurídico que le otorgue *igualdad de armas* para combatir más eficientemente estos flagelos.

De esta manera, creemos que la tarea de vigilancia electrónica en delitos graves y organizados es una necesidad en la realidad jurídica y social costarricenses. El Convenio de Budapest de 2001 debe servir como normativa marco para el inicio de la producción legislativa interna que sea efectiva y no simbólica; pero también lo menos intrusiva posible. En sus numerales 20 y 21, a nuestro juicio, se reglan las herramientas necesarias para el inicio de lo que será un cambio de paradigma en la investigación de los hechos delictivos que más aquejan a nuestra sociedad en la era digital.

Para ello, el producto legislativo que emane de nuestro Congreso deberá aprender de las experiencias erráticas de países como

Estados Unidos, Francia o Australia y deberá materializar un justo balance entre la necesidad de dotar a la Policía y al Ministerio Público de verdaderas herramientas de investigación y de recopilación de pruebas legítimas; pero sin dejar vacíos de contenido los alcances del canon 24 constitucional.

En este orden, quisiéramos presentar los siguientes apuntes a modo de recomendación:

- a) Deben reformarse la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, N.º 7425 del 9 de agosto de 1994, así como la Ley contra la Delincuencia Organizada, N.º 8754 del 24 de julio de 2009, de tal manera que puedan adaptarse ambos textos a la nueva realidad que imponen los numerales 20 y 21 del Convenio de Budapest. De previo, debe contarse con un estudio técnico de alto nivel que determine las reales capacidades de las empresas proveedoras de servicio locales y transnacionales para una efectiva *intercepción en tiempo real de las comunicaciones electrónicas*. Este análisis debe incluir, entre otras variables, las desventajas de abrir *backdoors* para la seguridad y privacidad cibernéticas del resto de las personas usuarias.
- b) Excluir de toda consideración, la posibilidad de instalación de *troyanos*, *keyloggers* o cualquier otro tipo de *malware* que implique vigilancias masivas en la red.
- c) Toda la labor de supervisión y vigilancia del material digital (mensajes de texto, videos, imágenes, audios) será resorte exclusivo del Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones (CJIC), ente que deberá ser dotado de los recursos tecnológicos y humanos necesarios para ejecutar con notable eficiencia dichas funciones.

- d) Facultar al Ministerio Público y a la Policía judicial para que estos tengan acceso a los “datos de tráfico” que no involucren contenido sensible ni privado, y que estas entidades puedan compartirlas con sus homólogos de otros países cuando la actividad delictiva sea transfronteriza.
  - e) Las reformas deben enunciar sin ambages las “obligaciones y responsabilidades” de cada proveedor de servicios imponiendo sanciones pecuniarias para la empresa y no privativas de libertad para sus servidores (responsabilidad civil objetiva y no personalísima de prisión), incluyendo las instancias nacionales e internacionales encargadas de dirimir los conflictos que se presenten.
  - f) Las reformas que se promuevan deberán observar *en lo que sea posible de acuerdo con nuestro derecho interno* los **Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones**, documento impulsado por la ONG “*Necessary & Proportionate*” y lanzado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en septiembre de 2013<sup>11</sup>.
- 1) **Principio de legalidad:** Toda intrusión al derecho fundamental a la privacidad debe emanar de una ley previa y clara, y sus reformas deben atender el ritmo de los avances tecnológicos.
  - 2) **Objetivo legítimo:** Las personas intervenidas deben responder a objetivos legítimos según un interés democrático preponderante, con ajénidad de cualquier consideración sobre raza, color, sexo, religión, posición económica y otros.
  - 3) **Necesidad:** La vigilancia de las comunicaciones debe ejecutarse cuando es el único medio para alcanzar objetivos legítimos o, cuando habiendo varios, sea el menos lesivo de derechos de primer orden.
  - 4) **Idoneidad:** La vigilancia autorizada debe ser adecuada para cumplir el objetivo legítimo específico.
  - 5) **Proporcionalidad:** La intervención en las comunicaciones debe ser considerada altamente intrusiva por lo que debe ser proporcional a la gravedad de los hechos que se pesquisan ponderando intereses legítimos de mayor prevalencia.
  - 6) **Autoridad judicial competente:** Todo lo concerniente a la vigilancia de las comunicaciones será resorte de los tribunales de la república como ente objetivo e imparcial, por lo que deberá estar separada (funcionalmente) de los órganos de investigación y capacitada técnica y logísticamente para llevar a cabo esas tareas.
  - 7) **Debido proceso:** Los Estados deberán prever mecanismos procesales justos, objetivos y accesibles (audiencias orales, recursos impugnatorios) que garanticen un adecuado ejercicio de defensa de las personas intervenidas en caso de vulneración de máximas fundamentales.
  - 8) **Notificación a la persona usuaria:** La persona usuaria debe ser notificada de la acción de la vigilancia salvo que este conocimiento previo comprometa la finalidad por la que se autoriza la

<sup>11</sup> Accedido el 07/23/2019, <https://necessaryandproportionate.org/es/>



interceptación o se ponga en serio peligro la vida humana.

- 9) **Transparencia:** Las actuaciones del Estado en torno a la vigilancia de las comunicaciones debe ser pública con estadísticas que incluyan número de solicitudes aprobadas y rechazadas, desglose de las gestiones por proveedor y por autoridad solicitante, el tipo de investigación y propósito, entre otras variables.
- 10) **Supervisión pública:** Los Estados deben contemplar en sus legislaciones la rendición de cuentas ante un órgano distinto al Gobierno que garantice la transparencia y legitimidad de sus actuaciones.
- 11) **Integridad de las comunicaciones y sistemas:** Los Estados no deben exigir a los proveedores de los servicios desarrollar por ellos mismos la capacidad de vigilancia o de control en sus sistemas, sino que serán aquellos los que provean esas herramientas.
- 12) **Garantías para la cooperación internacional:** En la dinámica de asistencia judicial recíproca, cuando varias legislaciones resulten aplicables a varios Estados, deberá optarse por la alternativa estándar que mejor garantice la protección de las personas. Así mismo, deberá constatarse la aplicación del *principio de doble incriminación*<sup>12</sup> cuando un Estado pretenda hacer cumplir su legislación interna.

- 13) **Garantías contra el acceso ilegítimo y derecho a recurso efectivo:** Estas incluyen el deber de los Estados de sancionar punitivamente los accesos ilegales a las plataformas digitales, los mecanismos procesales de reparación civil a las personas afectadas, la declaratoria de invalidez de las pruebas obtenidas por medios distintos a los legalmente estatuidos así como la destrucción o devolución a su legítimo titular de las evidencias decomisadas cuando no proceda el comiso.

## CONCLUSIÓN

El uso inescrupuloso por parte del crimen organizado de medios electrónicos para la comisión de *ciberdelitos* o como vehículo logístico para materializar otros ilícitos graves transnacionales es una realidad cada vez más acentuada en nuestra sociedad. Las prerrogativas que la web les brinda a estos grupos los coloca en una posición ventajosa dados los caracteres de agilidad, gratuidad y anonimato que caracterizan a las redes sociales y aplicaciones de mensajería rápida, frustrando así la oportuna acción policial. Por esto, la vigilancia electrónica de las comunicaciones *en tiempo real* es una necesidad que debe implementarse con la mayor brevedad.

La Ley N.º 7425 del 9 de agosto de 1994, Ley de Registro, Secuestro de Documentos e Intervención de las Comunicaciones y la Ley N.º 8754 del 24 de julio de 2009, Ley contra la Delincuencia Organizada, son insuficientes para lograr este cambio de paradigma, por lo que ambas deben ser reformadas delimitando con claridad las acciones, facultades, procedimientos

<sup>12</sup> *El principio de doble incriminación exige que las conductas delictivas que justifiquen una extradición deben estar debidamente incorporadas en las normativas internas de cada país, mediante una ley pública y previa. Aplicado al tema en cuestión, debe entenderse que cuando se pretenda justificar la interceptación de comunicaciones por delitos transfronterizos, las conductas típicas que motivan este acto intrusivo deben estar contempladas en todos los países involucrados en la investigación internacional.*

y solución de controversias que permitan compeler a las empresas proveedoras de servicios de estos sistemas de tráfico de datos, tomando como base las Reglas del Convenio de Budapest sobre Delincuencia de 2001, ratificado por Costa Rica desde el 2017.

Esta tarea de vigilancia y supervisión de datos digitales privados deberá ser competencia exclusiva del Centro Judicial de Interceptación de las Comunicaciones como ente de carácter jurisdiccional, objetivo e imparcial que garantice a las personas intervenidas y al resto de personas usuarias del ciberespacio, la efectiva tutela de sus derechos fundamentales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amnistía Internacional. “Francia: nueva ley de vigilancia, duro golpe para los derechos humanos”, accedido el 7/20/2019, página web [www.amnesty.org/2015/07Francia: Nueva ley de vigilancia, duro golpe para los derechos humanos](http://www.amnesty.org/2015/07Francia: Nueva ley de vigilancia, duro golpe para los derechos humanos)

Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia de 2001, accedido mediante <http://pgrweb.go.cr>, el 2/13/2019.

Constitución Política de la República de Costa Rica, accedida mediante <http://pgrweb.go.cr>, el 2/13/2019.

Departamento de Justicia de los Estados Unidos, “The USA Patriot Act: Preserving Life and Liberty”, accedido el 2/14/2019, <https://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>

Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones N.º 7425 del 9 de agosto de 1994, accedida mediante <http://pgrweb.go.cr>, el 2/13/2019.

Ley 8754 del 24 de julio de 2009, Ley contra la Delincuencia Organizada, accedida mediante <http://pgrweb.go.cr>, el 2/13/2019

Márquez William. “Lo que Snowden ha revelado hasta ahora del espionaje de EE.UU”. *Diario BBC Mundo* (Washington), accedido el 7/02/2019, página web [www.bbc.com/Lo que Snowden ha revelado hasta ahora del espionaje de EE.UU – BBC News](http://www.bbc.com/Lo que Snowden ha revelado hasta ahora del espionaje de EE.UU – BBC News)

Sin autor. “¿Por qué Brasil se quedó sin WhatsApp por orden judicial?”. *Diario BBC Mundo* (Nueva York), accedido el 7/19/2019, página web [www.bbc.com/Por qué Brasil se quedó sin Whatsapp por orden judicial-BBC News Mundo](http://www.bbc.com/Por qué Brasil se quedó sin Whatsapp por orden judicial-BBC News Mundo)

Suárez Eduardo. “Facebook compra WhatsApp por 19.000 millones de dólares”. *Diario El Mundo* (Nueva York), accedido el 7/20/2019, <https://www.elmundo.es/2014/10/07Facebook compra WhatsApp por cerca de 17.000 millones de euros>

Tarabay, Jaime. “Australian Government Passes Contentious Encryption Law”. *Diario The New York Times* (Nueva York), accedido el 7/22/2019, <https://www.nytimes.com/Australian Government Passes Contentious Encryption Law-The New York Times>  
<https://noticiasseguridad.com/ley-anticifrado es aprobada en Australia-Noticias de Seguridad>, accedida el 7/22/2019.

<https://necessaryandproporcionate.org/es/necesarios-proporcionados>, accedida el 7/23/2019,

# SALARIO A DESTAJO: SUS ALCANCES EN EL ORDENAMIENTO COSTARRICENSE

M.Sc. Mariano Jiménez Zeledón \*

## RESUMEN

*El salario a destajo es un salario incentivado por labor o tarea al cual no se le deberían aplicar las reglas de pago por unidad de tiempo, salvo cuando este supuesto se utilice como una garantía de los derechos de las personas trabajadoras. En consecuencia, resulta posible pagar el salario a destajo incentivado, incluyendo tiempo extraordinario, cuando el pago respectivo sea superior al salario mínimo más tiempo extraordinario.*

**Palabras clave:** *Salario a destajo, tipos de salario, tipos de destajo, salario por unidad de tiempo, salario mínimo, jornadas de trabajo.*

## ABSTRACT

The piecework is an incentive wage for a special labor, piece or task to which the rules of payment per unit of time must not apply, except when this assumption is used as a guarantee of the worker's rights. Consequently, it is possible to pay the incentivized piecework, including overtime, when the respective payment is higher than the minimum wage plus overtime.

**Keywords:** *Piecework salary, salary types, piecework types, salary per unit of time, minimum wage, workdays.*

Recibido 28 de abril de 2020

Aprobado 12 agosto 2020

---

\* Profesor catedrático de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Máster en Derecho Empresarial y en Derecho Tributario. Máster en Administración de Empresas con énfasis en mercadeo y en mejoramiento de la calidad y productividad. Máster en Derecho de la Unión Europea. Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas. Bachiller en Literatura Inglesa. [mjimenez@corbana.co.cr](mailto:mjimenez@corbana.co.cr)

## I. Introducción

El Código de Trabajo de Costa Rica establece en el artículo 164 que se podrá pagar el salario por unidad de tiempo (mes, quincena, semana, día, hora) o por pieza, por tarea o a destajo, sin que exista ningún otro tipo de regulación adicional en relación con el segundo.

El salario por unidad de tiempo “es la forma de pago más generalizada y más fácil de calcular”<sup>1</sup>, mientras que sin duda existe desconocimiento sobre el trabajo a destajo, particularmente, cuando la mayoría de operadores del derecho es retribuido con el primero (jueces, juezas, personas funcionarias de los ministerios, entre otros). Mientras, por otro lado, el trabajo a destajo es poco conocido y se utiliza en actividades donde la medición de la productividad es fundamental para la competitividad de las industrias.

En este artículo, se realizará un análisis de las normas jurídicas positivas, criterios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, fallos judiciales y de la doctrina, para encontrar el sentido de ambos tipos de remuneración y resolver el siguiente problema jurídico: ¿Deben pagarse horas extraordinarias cuando se ha pactado el pago por salario a destajo?

## II. El salario y sus formas

El artículo 164 del Código de Trabajo establece:

*ARTÍCULO 164.- El salario puede pagarse por unidad de tiempo (mes, quincena,*

*semana, día u hora); por pieza, por tarea o a destajo; en dinero; en dinero y en especie; y por participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el patrono.*

El artículo anterior dispone una distinción entre cómo se deben pagar los salarios o remuneraciones -elemento objetivo- y cómo se deben calcular para efectos del pago -elemento cuantitativo-.

En cuanto al elemento objetivo, es claro que debe realizarse el pago en dinero – contrario a las prestaciones por servicios en la Edad Media<sup>2</sup> y como complemento mediante un salario en especie.

En cuanto al elemento cuantitativo, existen tres formas para calcularlo:

- a) Por unidad de tiempo, en la cual existen varias posibilidades que comprenden desde la hora hasta el pago mensual.
- b) Por pieza, por tarea o a destajo que es pago variable y depende del rendimiento o productividad de la persona trabajadora. Este se ha caracterizado como “un tipo especial de salario computable “por resultado”, porque el resultado que se toma en cuenta indica un “rendimiento” (una cantidad de producción: tantas unidades de un producto, tantos metros, tantos kilos)”<sup>3</sup>.
- c) Por participación en las utilidades, ventas o cobros: el primero cuando la empresa

1 Lupo Hernández Rueda. (1979). “El salario”. *Estudios sobre derecho individual del trabajo. En homenaje al Prof. Mario L. Devali*. Argentina: Editorial Heliasta, S.R.L., p. 425.

2 “La propiedad agrícola estaba controlada privadamente por una clase de señores feudales, que extraían un plusproducto del campesinado por medio de relaciones de compulsión político-legales. Esta coerción extraeconómica, que tomaba la forma de prestaciones de trabajo, rentas en especie u obligaciones consuetudinarias del campesino hacia el señor, se ejercía tanto en la reserva señorial, vinculada directamente a la persona del señor, como en las tenencias o parcelas cultivadas por el campesino”. Perry Anderson. (1995). *Transiciones de la antigüedad al feudalismo*. Novena edición. Madrid: Siglo XXI de España Editores, S. A., p. 147.

3 Justo López citado por Felipe L. Pereira Morales. (1986). *Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXVI, Buenos Aires: Editorial Driskill, S. A., p. 277.*

comparte parte de sus ganancias con las personas trabajadoras con una especie de bono que se paga cada cierto tiempo, usualmente a final de año, y funciona como un catorceavo salario y la participación en cobros y ventas más propio de los agentes y comisionistas.

La modalidad de pago para calcular la cuantía del salario de los puntos a y b son incompatibles entre sí, mientras que los del punto c, particularmente, la participación en las utilidades se puede combinar con el pago por unidad de tiempo y con el pago a destajo.

Existen normas comunes a todas las formas de cálculo de la cuantía, por ejemplo, por una cuestión de buena fe<sup>4</sup>, en todos los casos, conforme al Código de Trabajo, artículo 71, inciso b), los trabajadores deben ejecutar el trabajo con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, en la forma tiempo, lugar y convenidos.

Otra norma aplicable a todas las formas de remuneración se encuentra en el artículo 177 y siguientes en relación con el salario mínimo, así como la norma del artículo 139 que regula las jornadas máximas, ambas disposiciones del Código de Trabajo, las cuales además derivan de los artículos 57 y 58 respectivamente de la Constitución Política de Costa Rica.

### III. Caracterización del pago por unidad de tiempo y el salario a destajo

La doctrina define ampliamente el concepto de salario por unidad de tiempo y el destajo como sigue:

**SALARIO A DESTAJO.** Sistema de remuneración laboral que ajusta la retribución directa con el rendimiento del trabajador. El salario no es fijo, sino que varía según el esfuerzo que el trabajador realiza y el resultado que obtiene. Es un salario variable, ya que se modifica, aumentando o disminuyendo de acuerdo con la cantidad de piezas producidas por el trabajador en un tiempo dado. Cada pieza terminada se abona con una retribución fija; y la cantidad de unidades producidas durante la jornada, multiplicadas por esa base remuneratoria, dará el salario de cada día<sup>5</sup>.

Las dos formas principales del salario en el mundo capitalista son el salario por unidad de tiempo y el salario por unidad de obra, llamado este segundo en el lenguaje corriente: salario a destajo.

El salario por unidad de tiempo es aquel en el que la retribución se mide en función del número de horas durante el cual -formamos la definición de acuerdo con la jornada del art. 58- el trabajador está a disposición del patrono para prestar su trabajo. En contraste con este principio, el salario por unidad de obra es aquel en el que la retribución se mide en función de los resultados del trabajo que preste el trabajador<sup>6</sup>.

Se trata de salarios por medida, por pieza o por destajo. Se fija cantidad salarial para la obra, el metro de tela elaborada, la

4 “En realidad, si se cree que hay obligación de rendir en el trabajo es porque se parte del supuesto de que el trabajador debe cumplir su contrato de buena fe, y entre las exigencias de ella se encuentra la de poner el empeño normal en el cumplimiento de la tarea encomendada”. Américo Plá Rodríguez. (1978). *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, pp. 305-306.

5 Guillermo Cabanellas. (1979). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo VI, catorceava edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta, S.R.L., p. 15.

6 Mario De la Cueva. (1996). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. Tomo I, decimocuarta edición. México, D. F.: Editorial Porrúa, S. A., p. 305.

*confección del par de medias, la colocación de un número determinado de ladrillos en una construcción, la recolección de determinada cantidad de frutos, etc. En la medida en que el trabajador logre dentro de una jornada de trabajo producir o realizar determinadas obras obtendrá el salario correspondiente*<sup>7</sup>.

*Salario calculado en proporción al trabajo producido por el asalariado, o en razón del número de artículos que ha confeccionado*<sup>8</sup>.

Con base en las definiciones anteriores, se puede concluir que el salario por unidad de tiempo es fijo, y su valoración depende de la cantidad de prestaciones ejecutadas, como un todo, en un periodo de tiempo determinado, mientras que el salario a destajo es variable y depende de prestaciones específicas, las cuales en su conjunto determinan una cantidad.

A pesar de las diferencias de cada modalidad de pago señaladas, existe un sustrato común a ambas modalidades de pago, el elemento material del hecho objetivo, es decir, el trabajo:

No debe olvidarse que en ambos modos, en tal perspectiva, lo que se retribuye resulta ser, al fin y a la postre, “cantidad de trabajo”, medida en el primer caso sólo por el tiempo de prestación con abstracción del resultado o concreción logrados, en tanto que en el segundo -a destajo- esa cantidad

se mide por sus resultados, como la medida que es normalmente necesaria para conseguirlo<sup>9</sup>.

#### **IV. Distinción del pago por unidad de tiempo y el salario a destajo**

Desde un punto estructural de ambos tipos de pago, se da una distinción entre el salario que se paga por unidad de tiempo y el salario que se paga por tarea o a destajo, por lo que se trata de dos formas de pago que difieren entre sí.

Desde el siglo XIX, la dogmática jurídica ya distinguía entre ambas formas de salario, a propósito de la definición de jornal:

El estipendio que gana el trabajador en un día entero por su trabajo. *A jornal* es un modo adverbial con que se explica el ajuste que se hace de alguna obra pagando por los días que el trabajador emplea en ella, en contraposición de cuando se ajusta á destajo, ó sea por un tanto ó una cantidad alzada<sup>10 11</sup>.

La doctrina no solo ha definido y caracterizado ambas modalidades de pago, sino también ha reconocido que tienen una oposición jurídica<sup>12</sup> opuesta:

El salario por unidad de tiempo [...] Se basa en una unidad de tiempo (la hora, el día, la semana, el mes), referida a la jornada de trabajo normal convenida, o establecida por la ley. Esta forma de retribución se contrapone al salario por unidad de

7 Guillermo Camacho Henríquez citado por Hernández Rueda, *op. cit.*, pp. 425-426.

8 Henri Capitant. (1986). *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, p. 499.

9 Pereira Morales, *op. cit.*, p. 279.

10 Joaquín Escribe. (1870). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. París: Librería de Garnier Hermanos, p. 964.

11 “Se les denomina “jornalizados” a los trabajadores de pago diario, “para contraponerlos a los llamados mensualizados o remunerados por mes calendario o aniversario”. Pereira Morales, *op. cit.*, p. 277.

12 No es una oposición natural, pues el mundo jurídico es creado por el hombre, por lo que no existen objetos por naturaleza y no es dialéctica, pues no existe una síntesis posible.

obra, o salario a destajo, de resultado, por labor rendida<sup>13</sup>.

En la retribución por unidad de obra, se toma como base de la remuneración del trabajador su rendimiento, el resultado de la labor realizada. En este sistema de pago se hace en principio abstracción del tiempo invertido en la ejecución del trabajo. El salario no es fijo sino variable, dependiendo de la producción, de la obra ejecutada, del rendimiento del trabajador<sup>14</sup>.

En esa línea de pensamiento, la Dirección Jurídica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ha señalado:

*A diferencia de la anterior forma de pago, el salario “a destajo” es una modalidad de pago, que no guarda relación con la duración de su ejecución, sino que se refiere al producto o resultado de una operación determinada [...]”<sup>15</sup>.*

## V. Tipos de destajo

El destajo podría asumir diferentes tipos o formas:

1. El destajo puro donde el pago se basa exclusivamente en el rendimiento de la persona trabajadora sin ninguna otra consideración.
2. El destajo mixto, el cual asume dos subtipos:

- a) El destajo mixto propio que combina el rendimiento obtenido por la persona trabajadora con la participación en utilidades o bonos extra.
- b) El destajo mixto impropio que combina el rendimiento obtenido por la persona trabajadora con una unidad de tiempo, “como el salario por tarea, en cuya base se computa cierta unidad de tiempo y una pieza base; consecuentemente el trabajador debe ejecutar cierta tarea, o cantidad de obra, en determinado tiempo o jornada legal o convenida”.<sup>16</sup> No obstante, esta forma de remuneración al combinar tareas con unidad de tiempo es un supuesto teórico, y si existe alguna situación real, deberían aplicarse las reglas de pago por unidad de tiempo, pues de otra forma se generaría un abuso -presión- sobre la persona trabajadora. En consecuencia, la única forma de destajo mixto impropia que resulta posible deviene por la existencia de una garantía constitucional y legal de pago de salario mínimo frente a cualquier forma de remuneración.

De esta forma, cuando el salario a destajo utiliza como base el salario mínimo, implica que no se está frente a una forma pura:

*Nos interesa destacar que en nuestro medio jurídico, establecido generalmente en materia de remuneraciones del trabajo, sobre la determinación de un mínimo inderogable por convención de las partes [...]”<sup>17</sup>.*

<sup>13</sup> Hernández Rueda, *op. cit.*, p. 425.

<sup>14</sup> *Ibid*, p. 425.

<sup>15</sup> Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. *Oficio n.º DAJ-AER-OFP-131-2019* del 14 de mayo de 2019, p. 9.

<sup>16</sup> Pereira Morales, *op. cit.*, pp. 426-427.

<sup>17</sup> Pereira Morales, *op. cit.*, p. 279.

## VI. Riesgo

El salario a destajo se manifiesta materialmente cuando la persona trabajadora ejecuta una tarea o pieza determinada. Por lo tanto, el salario se encuentra en función del rendimiento. Si no hay trabajo no habría pago, pues no depende del transcurso del tiempo –salvo el salario mínimo– sino del desarrollo de una determinada actividad.

El Código de Trabajo, artículo 69, inciso g, establece:

Pagar al trabajador el salario correspondiente al tiempo que éste pierda cuando se vea imposibilitado para trabajar por culpa del patrono [...]

En el pago por unidad de tiempo, no hay problema jurídico, pues se trata de un pago fijo. Pero en el caso del trabajo a destajo, este es variable.

El autor Felipe Pereira da como solución que “en tales casos tiene derecho a la remuneración integra:

Y ejemplificando sobre esto refieren que el trabajador a destajo no responde, verbigracia, por una prestación inferior, si ésta es consecuencia de una insuficiente asignación de trabajo por parte del empleador o de instrucciones equivocadas de éste. En tales casos tiene derecho a la remuneración integra<sup>18</sup>.

## VII. Criterios de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

La Sala Segunda ha intervenido en dos casos donde ha adoptado la resolución 1454-2013 del

18 de diciembre de 2013 y la 1239-2016 del 16 de noviembre de 2016, ambas relacionadas con trabajos de estiba en el puerto de Caldera y en el puerto de Moín.

En el primer caso, la Sala en el análisis de fondo determinó que “en la ejecución de cualquier trabajo, debe igualmente respetarse el límite diario de horas que puede laborar un trabajador, según la naturaleza de las funciones que desempeñe y las condiciones laborales”<sup>19</sup>, lo cual es sin duda una garantía que otorga el ordenamiento jurídico.

En cuanto a las horas extra reclamadas por el trabajador, estas se le concedieron, dado que el actor presentó el argumento de que aquellas estaban incluidas en el pago recibido a destajo, lo cual expuso ante la Sala Segunda, no en forma previa, sino en un momento procesal inoportuno y sin probarlo. Por otro lado, el actor argumentó el artículo 143 del Código de Trabajo, pero no es de recibo en el análisis de estos temas, pues no se está frente a trabajadores de confianza.

En el segundo caso, la Sala Segunda resolvió lo siguiente:

*En todo caso, debe tenerse presente que cuando se pagaba sólo a destajo, no se advierte una retribución diferenciada respecto del trabajo realizado en jornada ordinaria y el llevado a cabo en jornada extraordinaria. Desde esa perspectiva es claro que se retribuyó como si todo el trabajo se hiciera en jornada ordinaria, por lo que evidentemente se quedó adeudando un cincuenta por ciento adicional a que se tiene derecho por trabajo en jornada extraordinaria<sup>20</sup>.*

<sup>18</sup> Pereira Morales, *op. cit.*, p. 279.

<sup>19</sup> Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1454-2013 del 18 de diciembre de 2013.

<sup>20</sup> Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1239-2016 del 16 de noviembre de 2016.



En este caso, el actor utilizaba en forma impropia el pago a destajo junto el pago por unidad de tiempo, evidentemente, la utilización de este tipo de combinación solo puede ir en contra del trabajador. En este caso igual, el actor argumentó que en el pago a destajo se pagaba un salario superior al mínimo, pero en el proceso “no aportó ninguna probanza”.

En el más reciente caso, la Sala Segunda no reconoció el pago de horas extraordinarias, pues el trabajador no las había trabajado en forma efectiva:

Así las cosas, aunque el sistema de pago a destajo no necesariamente es excluyente del reconocimiento por jornada extraordinaria, en el caso bajo análisis las horas reclamadas como extraordinarias no pueden concebirse como tiempo efectivo de trabajo<sup>21</sup>.

En general, la Sala Segunda ha sostenido, en los casos que ha revisado, que aun frente al salario a destajo, procede el pago de horas extra, pero no ha tenido oportunidad de revisar un caso donde se demuestre que se ha pagado un salario incentivado por encima del mínimo legal.

Con mayor conocimiento de la realidad económica de los sectores productivos que utilizan el salario a destajo, el Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de la Zona Atlántica estableció con mayor precisión en relación con este tema lo siguiente:

*No comparte esta Cámara de apelación los argumentos de disconformidad, referente a que el trabajador cómputo una jornada extra, toda vez que la forma contractual que se le aplicó al actor, no fue por unidad de tiempo, sino a destajo según se indicó supra.*

*Sobre las formas de pago del salario se tiene las siguientes de conformidad con lo que establece el artículo 164 párrafo segundo del Código de Trabajo, las cuales estatuyen que el salario puede pagarse de dos formas: 1- Por unidad de tiempo, 2, por pieza, tarea, o a destajo.*

*El salario por unidad de tiempo, consiste en el pago en función del tiempo o duración del trabajo desplegado, no de la obra realizada, de esta forma “ Únicamente, pues, se tienen en cuenta la unidad temporal tomada como punto de referencia y la cantidad asignada a aquélla para deducir la retribución total como el resultado de multiplicar el número de unidades trabajadas por la cantidad con que cada una de éstas se considera retribuida”.*

El pago por unidad de tiempo se hará por hora, día, semana, quincena o mes, de conformidad con lo que establece el artículo 164 de la norma ya citada.

Por su parte, otra forma de pagar el salario es por pieza, tarea o destajo. Esta forma se dará para las relaciones laborales en que la duración del trabajo resulta irrelevante para determinar el salario, puesto que lo fundamental estriba en la obra, operación o tarea efectuada que será, precisamente, la base sobre la cual se fijará.

Para el salario por pieza, tarea o destajo, se debe considerar no tanto el tiempo invertido por la persona trabajadora, sino: “[...] la cantidad y calidad de la obra o trabajos realizados, pagándose por pieza, medidas, trozos realizados o conjuntos determinados, independientemente del tiempo invertido”.

21 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 2017-0487 del 29 de marzo de 2017.

Así no se puede establecer el cumplimiento de una jornada extra para el caso del actor, pues lo que aplicó dentro de su contrato laboral era que la forma de pago salarial iba a ser a destajo, no por unidad de tiempo, lo cual no computa una jornada extra, ya que las labores a realizar estaban demarcadas en cuanto a la cantidad de hectáreas que iba a deshojar. Además, si las labores iban a ser las que la empresa definió para su nivel productivo y estándares de calidad, el trabajador, una vez hecha dicha labor, podía cumplirlas en un tiempo menor o mayor, si tuviera que realizar el “repaso”. Esto le conllevaría tener que pasar nuevamente por áreas de la finca en que ya habían realizado las cortas de hojas y, por ende, se tendría que invertir más tiempo en ello, de lo cual se corrobora con lo manifestado por los testigos, de que era común ver al actor “repasar” las hectáreas, para realizar el trabajo en debida forma, ya que con ello, podría concluir las labores dentro de la jornada estipulada, es decir, a las 3:30 p. m., sin que con ello se permita inferir que cumplía una jornada extra, en razón de las consideraciones dichas *supra*.

No habiendo aspectos legales ni jurídicos que den pie a modificar lo resuelto por parte del *a quo*, lo pertinente es confirmar en todos sus aspectos la sentencia recurrida. [...] <sup>22</sup>

En realidad, si el trabajador con un salario a destajo incentivado se ha beneficiado con este, con ingresos superiores al salario mínimo desde el inicio de la relación laboral, faltaría al principio de buena fe, buscar obtener un beneficio mayor al pactado con el patrono:

En tercer lugar, este principio inspira y legítima diversos sistemas de retribución. Desde luego, todas las formas de salario por piezas o por tareas, o de remuneración a destajo; pero también todas aquellas que buscan crear algún incentivo en el trabajador para que aumente el producto obtenido con su tarea <sup>23</sup>.

### VIII. El problema económico y el problema jurídico

Mario De La Cueva ha señalado que tanto “Adam Smith, en su libro *La riqueza de las naciones*, afirmó que “es agotador y perturba seriamente la salud”; y Marx puso de manifiesto que este sistema se prestaba a una mayor explotación del trabajo” <sup>24</sup>, lo cual en el contexto de la Revolución Industrial <sup>25</sup>, era claro que tal sistema generaba inequidad, pero el salario a destajo incentivado en el marco de un Estado social de derecho <sup>26</sup> no tiene que generar tales resultados.

22 Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de la Zona Atlántica. *Resolución n.º 220-2019*, del 15 de julio de 2019.

23 Plá Rodríguez, *op. cit.*, pp. 303-304.

24 De La Cueva, *op. cit.*, p. 305.

25 “Las necesidades de la industria y el sistema fabril empezaron a crear un nuevo y horrible tipo de esclavitud, con una fijación especial sobre las mujeres y niños, minando así las fuerzas vitales de la sociedad”. Philip Lee Ralph. (1954). *The Story of Our Civilization*, USA, E.P. Dutton & CO., Inc, p. 222. “La mayoría de los nuevos residentes de la ciudad tenían trabajos en fábricas, donde las condiciones de trabajo eran tan miserables como las condiciones de vida en el hogar. La oferta de trabajadores no calificados era grande, por lo que los salarios eran muy bajos. A menudo, toda una familia trabajaba para sobrevivir. Las mujeres y los niños, algunos de los cuales empezaron a trabajar a los cinco años, tenían una gran demanda porque se les podía pagar menos que a los hombres”. Burton F. Beers. (1993). *World History. Patterns of Civilization*, New Jersey, Prentice Hall, pp. 486-487. Ambas traducciones del autor.

26 “Se trata de una intervención en la vida económica para favorecer a determinadas personas, clases o grupos con el fin de elevar el nivel de vida de los que están más abajo en el goce de la propiedad [...] En este sentido, las políticas de fomento (subvenciones en general, así como las Garantías Sociales, son también un síntoma del interés estatal por la igualdad en el reparto económico y constituyen técnica propia del Estado Social”. Eduardo Ortiz Ortiz. (1977). “Estado social de derecho”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica-Colegio de Abogados, n.º 29, p. 57.

El salario a destajo por unidad o pieza tiene implícito un incentivo, dado que la idea es que, según su capacidad, la habilidad o la fuerza de una persona trabajadora le permita obtener un mayor ingreso a mayor rendimiento:

*[...] el trabajo a destajo integra el sistema de retribución a “incentivos” y generalmente se lo ve como el medio idóneo para conjurar momentos de decaimiento de la economía nacional [...]*<sup>27</sup>.

El salario a destajo incentivado fue introducido por las empresas comercializadoras internacionales, y las tarifas originalmente fueron elaboradas por ingenieros industriales y personas expertas financieras, posterior a su implantación, el sistema por la competencia entre las propias empresas para atraer personal y las negociaciones colectivas (convenciones colectivas o arreglos directos) fue modificándose hasta llegar a rangos superiores entre el 20 al 40% sobre el salario mínimo.

Lo anterior implica que el salario incentivado fue diseñado para que la persona trabajadora, sumando jornada ordinaria y extraordinaria, obtuviera mucho más que el salario mínimo.

De esta forma, surge un problema económico, pues cuál incentivo tendrían las empresas para pagar un salario incentivado, si tuvieran que pagar sobre aquellas horas extraordinarias a 1.5, en otras palabras, pagarían salario incentivado por ocho horas y se pagaría 1.5 por tiempo extra sobre ese salario incentivado.

Un comparativo entre salario incentivado y salario mínimo, con base en la situación de empresa agraria bananera<sup>28</sup> que utiliza este sistema en la zona de Matina se presenta a continuación:

Cuadro n.º 1. Comparativo finca cantón de Matina entre sistema a destajo y salario mínimo elaborado durante el II semestre de 2019

27 Pereira Morales, *op. cit.*, p. 279.

28 Los salarios en el sector bananero no solo son negociados colectivamente e implica pagos por tareas usualmente entre un 20% y un 40% sobre el salario mínimo de un trabajador agrícola, sino además, su pago es transparente y controlado en forma diaria por los trabajadores bananeros.

En cada planta empacadora, existe una pizarra denominada “Papaya” -en su origen por su color rosado- en la cual se van anotando los rendimientos de las personas trabajadoras, y estas pueden revisar su desempeño frente a lo que se consigna en esta pizarra.

De forma tal, no solo se está frente a un salario incentivado, sino también existe un control por parte de las propias personas trabajadoras en forma diaria. De este modo, al final del día, la persona trabajadora conoce lo que ha obtenido y, en caso de desacuerdo, puede acudir ante su jefatura a solicitar ajustes o, incluso, en compañía de los y las representantes de las personas trabajadoras.

## El Destajo

CONCEPTO	FECHA	LAVOR	HORAS ORD. LABORABLES	HORAS DEL. LABORABLES	SALARIO ORDINARIO	SALARIO EXTRAORDINARIO	TOTAL SALARIO	SALARIO PERIÓDICO
Pago por Destajo	28/11/2019	Incentivo	8	2			€23.063,79	€23.063,79
Pago por Horas	28/11/2019	Incentivo	8	2	€10.758,55	€1.884,40	€12.642,95	€12.642,95

CONCEPTO	FECHA	LAVOR	HORAS ORD. LABORABLES	HORAS DEL. LABORABLES	SALARIO ORDINARIO	SALARIO EXTRAORDINARIO	TOTAL SALARIO	SALARIO PERIÓDICO
Anticipo de pago al	28/11/2019	Partido	8	2			€17.608,89	€17.608,89
Pago por Horas	28/11/2019	Partido	8	2	€10.758,55	€1.884,40	€12.642,95	€12.642,95

*Fuente: Cuadro elaborado por fincas del cantón de Matina y suministrado al autor para una exposición ante el Ministerio de Trabajo en febrero de 2020.*

En el anterior cuadro, se presenta el caso de un trabajador de campo (embolse) y una persona trabajadora de planta (empacadora de banano), y se compara el salario de estos por unidad de tiempo (jornada ordinaria y jornada extraordinaria de dos horas) y el salario a destajo por incentivo.

En el caso de la persona trabajadora de campo con salario a destajo incentivado, esta recibe una suma adicional de €211 698.72, en relación con el salario mínimo, lo que implica un 38.25%, mientras que, en el caso de la persona trabajadora de planta, recibe €80 781.12, lo que representa un 19.11% más de salario.

Tener que pagar horas extraordinarias sobre un salario a destajo incentivado podría generar un sistema antieconómico y desincentivar que las empresas paguen el destajo de la forma indicada en el cuadro 1.

El problema económico determinado y la interpretación económica del resultado de

pagar a destajo enfrentan un problema jurídico determinado por la interpretación de los operadores del derecho, como la Sala Segunda lo dejó entrever, o expresamente como el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social lo ha conceptualizado:

*[...] independientemente que el pago sea a destajo o se utilice otra forma de pago salarial, por cuanto el artículo 139 del Código de Trabajo, no hace distinción alguna, sino solo el hecho de reconocer el pago cuando se labore por encima de los límites de horas señalados por la Constitución Política y el Código de Trabajo<sup>29</sup>.*

En efecto, la norma no hace distinción, pero igual no se puede aplicar en forma mecánica, dado que se estarían mezclando en forma impropia dos formas de pago, una a destajo y otra por unidad de tiempo.

En caso de que se mantenga la interpretación jurídica citada del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, implicaría prácticamente la eliminación de esta forma de pago o su limitación a ocho horas, con las siguientes consecuencias:

### A) Para las personas trabajadoras

- Disminuirán sus ingresos.
- Laborarían más tiempo al pagar por unidad de tiempo.
- Disminuirá su productividad.

### B) Para las empresas

- Aumentos de costos.
- Pérdida de competitividad de sectores de la economía frente a otros países competidores.

<sup>29</sup> Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, *DAJ-AER-OFP-131-2019* del 14 de mayo de 2019, p. 16

- Creación de un pasivo contingente a cargo de las empresas que haría peligrar su futuro.
- Mayores conflictos laborales al disminuir ingresos y aumentar el tiempo de trabajo.

### C) Para la institucionalidad

- Menores ingresos para la CCSS y otras instituciones sociales.
- Aumento de la conflictividad en los tribunales de justicia, al tener las personas trabajadoras menores ingresos y permanecer más tiempo en el trabajo.
- Aumento del desempleo.

## IX. Hacia una nueva interpretación jurídica del problema económico

El problema económico planteado en el marco del ordenamiento jurídico de Costa Rica requiere encontrar una solución especial conforme lo establece el propio Código de Trabajo:

*ARTÍCULO 133.- Lo dispuesto en los siguientes artículos de este Título es de observancia general, pero no excluye las soluciones especiales que para ciertas modalidades de trabajo se dan en otros Capítulos del presente Código, ni el convenio que con sujeción a los límites legales realicen las partes.*

El salario a destajo debe distinguirse como forma de pago de la unidad de tiempo, se tratan dos formas que son contrarias entre sí, únicamente cuando el primero no garantiza los derechos de las personas trabajadoras, deben aplicarse reglas de otras formas de pago.

Además, no todas las formas de salario a destajo permiten una solución única, pues incluso en las formas puras, debe distinguirse de aquellas que se

utilizan utilizando como base el salario mínimo de otras formas que incluyen un incentivo superior al salario mínimo.

En este orden de ideas, para resolver el problema jurídico en función del problema planteado, se debería aplicar la siguiente fórmula:

- **El salario a destajo más incentivo debe necesariamente ser  $\geq$  que el salario mínimo en 8 horas más el salario extraordinario.**

La aplicación de la fórmula anterior implica que deben respetarse las siguientes reglas del ordenamiento jurídico:

### A) Jornadas y salario a destajo

*El artículo 139 del Código de Trabajo establece:*

*ARTÍCULO 139.- El trabajo efectivo que se ejecute fuera de los límites anteriormente fijados, o que exceda de la jornada inferior a éstos que contractualmente se pacte, constituye jornada extraordinaria y deberá ser remunerada con un cincuenta por ciento más de los salarios mínimos, o de los salarios superiores a éstos que se hubieren estipulado.*

No se considerarán horas extraordinarias las que el trabajador ocupe en subsanar los errores imputables sólo a él, cometidos durante la jornada ordinaria.

La jornada ordinaria y la extraordinaria están diseñadas como una garantía mínima, en relación con el tiempo laborado máximo y la remuneración mínima recibida durante ese tiempo.

En consecuencia, las garantías en cuanto a jornada y remuneración operan en el salario a destajo, solo cuando este supere la sumatoria de

una jornada ordinario más una extraordinaria y cuando no reciba el salario mínimo por el tiempo laborado.

Fuera del caso anterior, el salario a destajo incentivado se aplica en condiciones normales sobre el salario mínimo y durante la jornada que se aplique, sea ordinaria o extraordinario, pues el salario incentivado es superior al mínimo y está diseñado de forma tal que la persona trabajadora obtenga una mayor remuneración comparado con un trabajo en iguales condiciones con pago por unidad de tiempo.

La interpretación mecánica de aplicar un pago para la jornada ordinaria y otro para la jornada extraordinaria, sobre la base del salario a destajo incentivado, desnaturaliza y hace nugatorio el trabajo a destajo, pues impone un doble pago incentivado a las empresas que implicaría su limitación a la jornada ordinaria o su desaparición en perjuicio de los ingresos de las personas trabajadoras.

En otras palabras, si este se paga por pieza, no debe mezclarse con la unidad de tiempo, pues haría inaplicable el primero.

No obstante, las jornadas para efectos del trabajo a destajo contienen una protección para las personas trabajadoras a destajo, la cual consiste en la limitación del artículo 140 del Código de Trabajo:

*ARTÍCULO 140.- La jornada extraordinaria, sumada a la ordinaria, no podrá exceder de doce horas, salvo que por siniestro ocurrido o riesgo inminente peligren las personas, los establecimientos, las máquinas o instalaciones, los plantíos, los productos o cosechas y que, sin evidente perjuicio, no puedan sustituirse los trabajadores o suspenderse las labores de los que están trabajando.*

En otras palabras, no se podría aplicar el pago de horas extraordinarias al trabajo incentivado por destajo; pero existe un máximo de horas por tipo de jornada que se debe respetar en todo tipo de trabajo, por lo que aunque el pago sea a destajo, no podrán laborarse más horas de las permitidas en el Código de Trabajo, según cada tipo de jornada.

## **B) Salario mínimo**

El valor de la tarea o de la pieza se conviene libremente entre el patrono y la persona trabajadora, y aunque se trata de un salario incentivado, tiene la garantía de que si por cualquier razón (como la baja productividad de la finca; es decir, no existe el suficiente número de racimos para cortar y procesar), no se obtiene el salario mínimo establecido, entonces se ajusta el pago a este:

Artículo 163.- El salario se estipulará libremente, pero no podrá ser inferior al que se fije como mínimo, de acuerdo a con las prescripciones de esta ley.

Artículo 177.- Todo trabajador tiene derecho a devengar un salario mínimo que cubra las necesidades normales de su hogar en el orden material, moral y cultural, el cual se fijará periódicamente, atendiendo a las modalidades de cada trabajo a las particulares condiciones de cada región y de cada actividad intelectual, industrial, ganadera o agrícola.

De esta forma, se trata del salario por unidad de tiempo o por destajo, y existe una garantía para la persona trabajadora de recibir siempre el salario mínimo.

En consecuencia, cuando la persona trabajadora tenga un trabajo incentivado por destajo, cuando por cualquier situación, no logré obtener el salario mínimo, las empresas tienen la obligación de

ajustarlo, no solo para el tiempo ordinario, sino también para el tiempo extraordinario.

El acuerdo puede ser a nivel individual o en forma colectiva, siempre y cuando se garantice el salario mínimo de ley, según el artículo 163 del Código de Trabajo.

## X. Conclusiones

El salario a destajo es un salario incentivado por labor o tarea, el cual es negociado colectivamente, no se le deberían aplicar las reglas de pago por unidad de tiempo, salvo cuando se utilice este supuesto como una garantía de los derechos de las personas trabajadoras, por lo que habrá que analizar cada caso específico, dado que no puede existir una regla única para resolver todas las situaciones.

En este orden de ideas, para resolver el problema económico con una interpretación jurídica especial y conforme a los alcances jurídicos de ambas modalidades de pago, se debe aplicar la siguiente ecuación en función del problema:

- **El salario a destajo más el incentivo deben necesariamente ser  $\geq$  que el salario mínimo en 8 horas más el salario extraordinario.**

Evidentemente la prueba de la operación de este sistema incentivado recaerá siempre en los patronos o personas empresarias.

De esta forma, en tesis de principio, rige el pago a destajo como primera opción, pero se aplicarían los supuestos de pago por unidad de tiempo, solo cuando a pesar del esfuerzo de la persona trabajadora, no alcancen el salario mínimo más la suma de tiempo extraordinario que le correspondería.

En todo caso, el salario de destajo tiene como límites las jornadas máximas establecidas en el

Código de Trabajo y el pago siempre del salario mínimo, ya que ambos operan siempre como garantías legales y constitucionales.

En general, el sistema de pago por destajo incentivado se encuentra ligado a la productividad de las empresas, lo que garantiza la existencia de empresas eficientes y les permite a las personas trabajadoras cobijadas bajo este sistema obtener mayores ingresos que el resto de las personas trabajadoras pagadas por unidad de tiempo.

## XI. Bibliografía

Anderson, Perry. (1995). *Transiciones de la antigüedad al feudalismo*. Novena edición. Madrid: Siglo XXI de España Editores, S. A.

Beers, Burton F. (1993). *World History. Patterns of Civilization*. New Jersey, Prentice Hall.

Cabanellas, Guillermo. (1979). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo VI, catorceava edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta, S.R.L.

Capitant, Henri. (1986). *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires.

De la Cueva, Mario. (1996). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. Decimocuarta edición. Tomo I. México, D.F.: Editorial Porrúa, S. A.

Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, *Oficio n.º*

*DAJ-AER-OFP-131-2019* del 14 de mayo de 2019.

Escribe, Joaquín. (1870). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. París: Librería de Garnier Hermanos.

Hernández Rueda, Lupo. (1979). “El salario”. *Estudios sobre derecho individual del trabajo*. En homenaje al Prof. Mario L. Deavali. Argentina: Editorial Heliasta, S.R.L.

Ortiz Ortiz, Eduardo. (1977). “Estado social de derecho”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica-Colegio de Abogados, n.º 29.

Pereira Morales, Felipe L. (1986). *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XXVI. Buenos Aires: Editorial Driskill, S. A.

Plá Rodríguez, Américo. (1978). *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Ralph, Philip Lee. (1954). *The Story of Our Civilization*. USA: E.P. Dutton & CO., Inc.

## Resoluciones

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución n.º 1454-2013* del 18 de diciembre de 2013.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución n.º 1239-2016* del 16 de noviembre de 2016.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución n.º 2017-0487* del 29 de marzo de 2017.

Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de la Zona Atlántica. *Resolución n.º 220-2019* del 15 de julio de 2019.



# RECONOCIMIENTO DE LAUDOS EXTRANJEROS EN COSTA RICA: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA

Lic. Mauricio Rapso Henríquez \*

## RESUMEN

*La normativa sobre reconocimiento de laudos extranjeros es una de las principales razones por las cuales se considera al arbitraje como el método idóneo de resolución de los conflictos que surgen del comercio internacional. A pesar de que Costa Rica cuenta con estas normas como parte de su ordenamiento jurídico, carece de antecedentes jurisprudenciales en la materia. En el presente artículo, se analiza el reciente fallo emitido por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, para determinar los retos que se tendrán en la resolución de casos futuros, en pro de garantizar la principal ventaja de este método de resolución de conflictos, como lo es la fácil ejecutabilidad de los laudos.*

**Palabras clave:** arbitraje internacional, laudo extranjero, exequatur, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Convención de Nueva York.

## RECOGNITION OF FOREIGN AWARDS IN COSTA RICA: A LOST OPPORTUNITY

## ABSTRACT

*The recognition of foreign awards' regulation is one of the main reasons why arbitration is considered the suitable method to solve disputes arisen from the international trade. Even though Costa Rican law in the matter is in accordance with the international regulation, there is no case law regarding the application of these rules. In this article, the author analyzes the last decision stated by the First Chamber of the Supreme Court of Justice, to determine the future challenges in this matter, in order to guarantee the main advantage of this method of dispute resolution, the enforceability of awards.*

**Keywords:** international arbitration, foreign award, exequatur, First Chamber of the Supreme Court of Justice, New York Convention.

Recibido 29 abril 2020

Aprobado 12 agosto 2020

---

\* Abogado asociado de ECIJA Legal Costa Rica. Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Profesor de Resolución Alternativa de Conflictos y Técnicas de Negociación en la Universidad Internacional de las Américas. Miembro de la Subcomisión YAF de ICC Costa Rica, del Club Español del Arbitraje – capítulo Costa Rica y de Costa Rican Young Arbitrators. Correo electrónico: [mrapso@ecija.com](mailto:mrapso@ecija.com)

## I. Introducción

A pesar de que noción de arbitraje comercial internacional en Costa Rica existe desde hace algunas décadas, no ha sido puesta en práctica. Si bien el país ratificó tanto la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional –en adelante Convención de Panamá– en 1978<sup>1</sup>, como la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras –en adelante Convención de Nueva York– en 1987<sup>2</sup>, la aplicación de dichos instrumentos ha sido escasa.

No obstante, en el 2011, al dictar la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) –en adelante LACI– el mensaje de Costa Rica fue que el país deseaba promover el desarrollo del arbitraje internacional; en primer lugar, para promocionarse como sede de arbitrajes internacionales, pues esto ayudaba a que la imagen de un país creciera a nivel mundial, colaborara en la protección de sus intereses comerciales e incentivara las economías locales, pues –aunque no era indispensable que fuera así– generalmente los árbitros y las partes se trasladaban al país sede del arbitraje para seguir sus casos<sup>3</sup>.

Como segundo motivo, destacaba la promoción del comercio internacional, pues a las personas comerciantes extranjeras les generaba seguridad jurídica que el país de su cocontratante contara con una normativa de arbitraje uniforme que tendría cierta influencia en caso de un posible conflicto futuro.

Sin embargo, contar con una normativa uniforme y actualizada es insuficiente para promover el desarrollo del arbitraje comercial internacional. Como consta en los resultados de la encuesta llamada *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, lanzada por *Queen Mary University of London* en conjunto con *White & Case LLP*, refleja que: (i) la ejecutabilidad de laudos es la característica más valiosa del arbitraje; (ii) las sedes de arbitraje más utilizadas se caracterizan por la percepción de los usuarios de su infraestructura, y sus antecedentes sobre reconocimiento de laudos extranjeros<sup>4</sup>.

Por lo expuesto anteriormente, es claro que Costa Rica necesita que sus autoridades jurisdiccionales, las cuales intervienen en aspectos muy particulares en materia de arbitraje, generen antecedentes que hagan crecer la confianza en las personas usuarias del arbitraje internacional.

A pesar de las pocas oportunidades que la Corte Suprema de Justicia ha tenido de tratar temas de arbitraje internacional, en el 2019, se presentó una bastante importante: la resolución de una solicitud de reconocimiento de un laudo dictado en un arbitraje con sede en la Florida, tramitado bajo las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Mediante el presente artículo, se analizarán las principales consideraciones realizadas por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Antes de llegar a este análisis, es importante conocer los principales aspectos de la legislación costarricense en la materia de reconocimiento de laudos extranjeros, así como los antecedentes del reconocimiento.

1 Abril, 8, 2020, <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>

2 Abril, 8, 2020, [https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards/status2](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2)

3 Abril, 8, 2020, <https://www.geopoliticalmonitor.com/battle-of-the-seats-developing-nations-and-international-arbitration-centers/>

4 Abril, 8, 2020, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>

## II. Aproximación al reconocimiento de laudos extranjeros en Costa Rica

Es conocido que el fin del reconocimiento de un laudo extranjero es otorgar a esta decisión carácter de un acto jurisdiccional válido y eficaz, fuente de derechos y obligaciones –cosa juzgada–, en un Estado determinado<sup>5</sup>. Este proceso se asimila al *exequatur* de sentencias extranjeras, pero se diferencia en cuanto a la naturaleza jurídica de la decisión extranjera que se pretende dotar de efectos. Esta situación provoca que existan procedimientos distintos, regulados por normativa especial, dependiendo de si se trata de una sentencia o laudo extranjero.

La jurisdicción costarricense cuenta con una serie de instrumentos nacionales e internacionales que regulan el reconocimiento de laudos extranjeros. Como se indicó anteriormente, desde hace algunas décadas, Costa Rica ratificó la Convención de Nueva York, el principal instrumento internacional en materia de reconocimiento de laudos extranjeros, mediante el cual se han promovido la armonización y uniformidad de la materia, a nivel internacional<sup>6</sup>.

Esta debe ser considerada la norma base del reconocimiento de laudos en el país, pues fue la que inspiró otras regulaciones vigentes, como la Convención de Panamá y la Ley N.º 8937 del 25 de mayo de 2011, Ley de Arbitraje Comercial Internacional, versión casi idéntica de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las enmiendas del 2006.

Por ende, inicialmente, el reconocimiento de un laudo extranjero en Costa Rica cumple con una serie de características uniformes conocidas a nivel internacional, entre ellas: (i) **requisitos mínimos para el reconocimiento**, como presentar el laudo y el acuerdo arbitral legalizados y traducidos, si resulta aplicable; (ii) **denegatoria del reconocimiento por causales taxativas y facultativas** que se contemplan en el artículo 5 de las convenciones de Nueva York y Panamá, así como en el artículo 36.1 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional; (iii) **inversión de la carga de la prueba**, pues será la persona demandada quien deberá probar que el laudo no debe ser reconocido; (iv) **la imposibilidad de revisión del fondo de la decisión**, pues las causales de no reconocimiento están relacionadas al debido proceso y al orden público; (v) **la aplicación del orden público internacional para denegar el reconocimiento del laudo extranjero**, de acuerdo con lo considerado mayoritariamente a nivel internacional<sup>7</sup>; (vi) **la posibilidad de suspensión del reconocimiento ante una acción de anulación del laudo**; y (vii) **la posibilidad de que aplique una norma más favorable para el reconocimiento**.

Se indica que estas características aplican “inicialmente”, porque, si bien se encuentran dentro del espíritu de la Convención de Nueva York, no existen antecedentes de la Corte Suprema de Justicia que los reconozcan. Resaltan especialmente aquellas características que se extraen de la Convención de Nueva York por medio de interpretación, y se desconoce si estas serían interpretadas de igual forma en Costa Rica.

5 Gustavo, Tawil. (2008). “Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales. Concepto y diferencias”. En *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º Aniversario*. Editada por G.S Tawil E. Zuleta. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 32.

6 Pieter, Sanders. (1999). “La elaboración de la Convención”. En: *La ejecución de sentencias arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York. Experiencias y Perspectivas. Organización de las Naciones Unidas*. Nueva York: ONU, p. 8.

7 Pier, Mayer y Audley, Sheppard. (2003). “Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitration Awards”. En *Arbitration International*. Vol. 19, n.º 2, p. 255.

De previo a la sentencia bajo análisis, la Corte Suprema de Justicia no había resuelto ninguna solicitud de reconocimiento de laudo extranjero, en aplicación de la Convención de Nueva York y únicamente contaba con un antecedente relacionado a la aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional.

Otro aspecto que se debe tomar en cuenta es que la jurisdicción costarricense ejerció la facultad otorgada por el artículo 3 de la Convención de Nueva York, en relación con la determinación de las normas de procedimiento para conceder la ejecución del laudo extranjero. Sin embargo, el Código Procesal Civil, norma aplicable al procedimiento de ejecución de laudos y sentencias, también cuenta con regulación en cuanto al procedimiento de reconocimiento del laudo extranjero.

El artículo 99 de dicha norma regula el fin del reconocimiento del laudo, los requisitos de la solicitud de reconocimiento, la competencia dada a las salas de casación a conocer del trámite de acuerdo con la materia y el procedimiento que debe llevarse a cabo.

Como se presenta en el artículo titulado “El reconocimiento de laudos extranjeros en la nueva normativa procesal costarricense”<sup>8</sup>, del artículo 99 del Código Procesal Civil, se destacan ciertas regulaciones que contrastan con lo dispuesto en la Convención de Nueva York y otros instrumentos uniformes. Lo primero que se resalta es que, a pesar de la diferencia en cuanto a la naturaleza jurídica de una sentencia y un laudo, esta norma regula de igual forma el reconocimiento de laudos y sentencias extranjeras.

Asimismo, se destaca el hecho de que, en su inciso 2, exige a la persona solicitante cumplir con

requisitos adicionales a los contemplados por la Convención de Nueva York, como demostrar que se cumplió con el emplazamiento al demandado o que hubo declaratoria de rebeldía. Además dispone que la pretensión no es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales costarricenses, que tenga conexión con Costa Rica, que no exista en Costa Rica un proceso en trámite o sentencia con autoridad de cosa juzgada e, incluso, que la pretensión no sea “manifiestamente contraria al orden público nacional”. Sobre este último requisito, se destaca el hecho de que, a la fecha, se desconoce cuál era la intención del legislador al hacer referencia al orden público “nacional”.

Ante este panorama, existen muchas dudas sobre cómo es aplicada e interpretada la Convención de Nueva York por parte de la Corte Suprema de Justicia costarricense. Previo a la decisión bajo análisis, derivado de la regulación contenida en el Código Procesal Civil, desconocemos: (i) si exige los requisitos del artículo 99 de la normativa procesal civil al presentar la solicitud de reconocimiento que adicionales a los contemplados en el numeral 4 de la Convención de Nueva York; (ii) si considera que las causales de no reconocimiento son taxativas y facultativas, o si incluye las contempladas en el mencionado artículo 99; (iii) si aplica la inversión de la carga de la prueba, especialmente en cuanto a la causal de orden público, o debe ser acreditado por la persona solicitante; y (iv) cuál es la noción de orden público aplicable en esta materia.

Definir la posición de la Corte Suprema de Justicia en estos temas resulta de alta relevancia para generar confianza en las personas usuarias del arbitraje internacional, especialmente de aquellas que celebran negocios con personas comerciantes establecidas en Costa Rica, o aquellas personas que visualizan a nuestro país como sede de

8 Mauricio, París Cruz y Mauricio, Rapso Henríquez. (2017). “El reconocimiento de laudos extranjeros en la nueva normativa procesal costarricense”. En *Spain Arbitration Review*, n.º 30, p. 156.

arbitrajes internacionales. Sin embargo, como analizaremos en los próximos apartados, a pesar de que el caso bajo análisis era una oportunidad valiosa para hacerlo, esta no fue aprovechada, generando incluso más dudas que respuestas.

### **III. Los antecedentes del laudo extranjero sometido a reconocimiento ante la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica**

La controversia bajo análisis surgió entre un productor de piña costarricense y una comercializadora multinacional de productos frescos, unidas por un contrato de suministro de piña a largo plazo. El negocio consistía en que el productor costarricense le vendería de forma exclusiva a la multinacional una cantidad determinada de piña tipo MD-2 (conocida generalmente como piña “Golden”) a un precio fijo, para que esta última la comercializara a nivel mundial.

Como parte de las obligaciones que tenía la multinacional, se encontraba la entrega de forma gratuita de la semilla con la cual el productor costarricense plantaría la piña. Sobre este mismo tema, el contrato disponía que la multinacional era dueña de la variedad de piña MD-2 y, por ende, de la semilla. Este hecho implicaba que, en caso de que se terminara la relación contractual entre las partes, contractualmente el productor local debía devolver a la multinacional toda la variedad de piña MD-2 producida o, en su defecto, debía destruirla.

La disputa surgió en el momento en que el plazo contractual estaba cercano a expirar, y las partes no lograban ponerse de acuerdo con los términos de una ampliación de la relación contractual, primordialmente en cuanto al precio. Ante dicha falta de acuerdo, la relación contractual finalizaba por advenimiento del plazo contractual. Meses

después, la multinacional le comunicó al productor que: (i) era dueña de la variedad de piña DM-2 producida; (ii) existía una imposibilidad de vender la piña a personas terceras; y (iii) debía devolver la totalidad de los cultivos de piña o destruirlos. Ante la negativa del productor costarricense de proceder conforme a la nota y vender la piña a personas terceras, la multinacional inició un arbitraje ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en Miami y en aplicación del derecho de la Florida, todo de acuerdo con lo pactado por las partes en el contrato mencionado.

En el arbitraje, la multinacional suiza reclamó el incumplimiento contractual del productor costarricense, por continuar con la producción y venta a personas terceras de la piña variedad MD-2, a pesar de estar imposibilitada contractualmente. Por su parte, el productor costarricense contrademandó con el fin de que se anularan las cláusulas contractuales donde la multinacional se amparaba para presentar su demanda, pues estas condiciones habían sido incluidas por la multinacional de forma fraudulenta, conforme a las leyes de la Florida. Mediante laudo del 10 de junio de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió por mayoría, en resumen:

1. Rechazar las defensas de la demandada reconventora, así como su contrademanda.
2. Declaró la validez de la totalidad de las cláusulas del Contrato.
3. Ordenó a la demandada reconventora devolver o destruir un 93% de los materiales vegetativos MD-2 localizados en sus fincas.
4. Prohibió permanentemente a la demandada reconventora vender piñas MD-2 a terceros mientras no se haya cumplido con la obligación de destruir o devolver el

93% de los materiales vegetativos MD-2 localizados en sus fincas.

5. Ordenó el pago a favor de la demandante de la suma de US\$26,133,000.00 más intereses previos y posteriores al laudo sobre este monto de principal, a partir del 15 de diciembre del 2013, a una tasa de interés anual simple de 4.75% hasta que se haya cumplido con la totalidad del laudo.
6. Ordenó el pago a favor de la demandante de los gastos del arbitraje.

En resumen, el Tribunal Arbitral declaró que las cláusulas contractuales que amparaban a la multinacional eran válidas, por lo cual el productor debía devolver o destruir el 93% de sus cultivos de piña variedad MD-2. Además, se le prohibió continuar con la venta de este tipo de fruta, la condenó al pago de un alto monto por concepto de daños y perjuicios, así como a los gastos del arbitraje.

En vista de la ubicación de las plantaciones y los bienes del productor, el 18 de julio de 2016, la multinacional inició el proceso de reconocimiento de este laudo extranjero, ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la sala de casación en materia civil y comercial.

Conforme al proceso estipulado en la normativa aplicable, el productor se opuso al reconocimiento del laudo, mediante cuatro grandes temas: (i) la falta de cumplimiento de requisitos formales de la solicitud de reconocimiento; (ii) por violaciones al debido proceso –falta de motivación, quebranto al derecho de defensa y preterición de prueba–; (iii) por incongruencia; y (iv) por violaciones al orden público.

Cabe destacar que, conforme a la sentencia bajo análisis, el argumento de violación al orden público se subdividía en cinco temas: (a)

transgresión a la función social de la propiedad agraria; (b) inaplicación del principio *lex rei sitae*; (c) aplicación de daños punitivos; (d) violación a la libertad de comercio; y (e) abuso de derecho.

De previo al análisis del contenido de la sentencia, queda claro que el contenido de la oposición presentada era una gran oportunidad para la Sala Primera de generar antecedentes de temas importantes, como la forma en la cual aborda las causales de no reconocimiento, especialmente la noción de orden público en Costa Rica, y el tipo de orden público aplicable en la materia (doméstico o internacional). Sin embargo, como veremos, dicha situación no ocurrió.

#### **IV. La decisión de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia**

Mediante la sentencia n.º 4655-E-S1-2019 de las 11 horas, 5 minutos del 19 de diciembre de 2019, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia resolvió la solicitud de reconocimiento del laudo extranjero. Cabe destacar que la decisión final del caso llegó tres años después de la solicitud planteada, en virtud de que el proceso se suspendió por la tramitación de la acción de anulación del laudo, en los Estados Unidos, la cual duró alrededor de tres años en resolverse.

Para interés del presente estudio, se estudiará por separado el razonamiento realizado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en las siguientes causales: (i) violación al debido proceso; (ii) vicio de incongruencia; y (iii) violación al orden público.

##### **i. Violación al debido proceso**

La parte oponente argumentó que existía una violación al debido proceso basado en la indebida fundamentación del fallo, por no otorgarse audiencia sobre la liquidación de costas de la

contraparte y por preterición de prueba. El análisis de la Sala Primera inició citando la causal del artículo 5.1.b de la Convención de Nueva York, el cual hacía referencia a la imposibilidad de la parte contra quien se invocó el laudo, por alguna razón, “hacer valer sus medios de defensa”.

En lugar de explicar los alcances de la causal, así como las circunstancias que encuadraban dentro de la causal bajo análisis, la Sala Primera únicamente señaló por qué los tres argumentos del oponente no eran supuestos donde “no haya podido hacer valer sus derechos o medios de defensa”. Se limitó a indicar que la indebida motivación y la preterición de prueba “son embates que pretenden combatir lo que fue valorado (o no valorado) por el tribunal”. En el caso de la falta de audiencia sobre la liquidación de costas de la oponente, la Sala consideró que no observaba cómo esto pudo afectar su derecho de defensa, cuando “su liquidación –la de la oponente– fue muy similar a la que fue presentada por la actora”.

La Sala Primera no explicó qué entendía por la limitación de hacer valer derechos o medios de defensa que contempla la causal del artículo 5.1.b) de la Convención de Nueva York a su literalidad. Sin embargo, lo más preocupante es que la Sala Primera pareció que no había dimensionado que esta era la causal que tutela el debido proceso, lo cual ha sido reconocido por múltiples jurisdicciones del *civil law* y *common law*<sup>9</sup>, de forma prácticamente unánime. Asimismo, se ha reconocido que la protección procesal de esta norma tiene un alcance amplio, no sujeto a limitaciones técnicas<sup>10</sup>.

El hecho de que no se haya reconocido esta situación, especialmente cuando fue argumentada por la parte oponente, y que se haya limitado a analizar únicamente el supuesto de literalidad de la causal dejan muchas dudas sobre qué supuestos eran los que cubría esta causal.

Existen antecedentes jurisprudenciales que mencionan que el artículo 5.1.b) de la Convención de Nueva York contempla esencialmente la aplicación de los estándares del debido proceso del foro<sup>11</sup>. No obstante, también se ha considerado que el estándar del debido proceso en materia de reconocimiento de laudos es distinto –y generalmente más limitado– al aplicable en la jurisdicción ordinaria.

Lastimosamente, la Corte Suprema de Justicia tuvo una oportunidad valiosa para haber definido los supuestos de tutela del debido proceso en materia de reconocimiento de laudos; pero no lo hizo. Se limitó a indicar vagamente las razones por las cuales no aplicaba en el caso concreto. Este hecho implica que siga existiendo una incertidumbre de cómo la causal aplicará en casos futuros.

## ii. Vicio de incongruencia

Otro de los fundamentos esbozados por la oponente para solicitar que se denegara el reconocimiento del laudo fue la existencia de una *extra petita*; es decir, incurrir en un vicio de incongruencia. En la oposición, se señaló que el actor solicitó el pago de daños justificado en la existencia de una apropiación indebida, y aunque el tribunal denegó esa causa, sí concedió los daños con una distinta fundamentación. Para este argumento, la parte demandada invocó la causal

9 Gary, Born. (2014). *International Commercial Arbitration*. Nueva York: Kluwer Law International, p. 3494.

10 Gary, Born, *op. cit.*, p. 3494.

11 Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos de América, en el caso *Parson & Whittemore Overseas vs. Societé Générale de L’Industrie du Papier*. La cita ha sido traducida libremente, su original indica: “*the New York Convention ‘essentially sanctions the application of the forum state’s standards of due process’*”.

V.1.c) de la Convención de Nueva York, la cual señaló lo siguiente:

*Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:*

*c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.*

La aplicación de esta causal es interesante, puesto que, si bien la lectura de la norma da a entender que la causal aplica cuando el tribunal arbitral decide sobre controversias que se encuentran fuera del alcance material del acuerdo arbitral, existen jurisdicciones y doctrinarios que consideran que la causal también aplica en el laudo y que se otorgan derechos u obligaciones más allá de las solicitadas por las partes, vicios conocidos como *extra y ultra petita*<sup>12</sup>, también denominados vicios de incongruencia.

Sin embargo, lo anterior no se extrae de la literalidad de la norma. Por ende, este chance sería relevante para que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia analizara la causal bajo estudio y sus alcances. No obstante, lo anterior no ocurrió, puesto que, a pesar de que se

citó la causal en su literalidad, el análisis se limitó a señalar que no hubo incongruencia, porque se otorgaron daños por incumplimiento contractual, los cuales sí habían sido solicitados de forma subsidiaria.

Se entiende que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia no tiene necesariamente un rol didáctico en la materia y que, si consideraba que el agravio de la parte era evidentemente improcedente, debía rechazarlo. Sin embargo, no se entiende bajo cuál razonamiento decidió conocer el argumento de oposición por el fondo. En el futuro, ¿se deberá interpretar que la causal siempre deberá conocerse por el fondo, con base en la norma en cuestión? Es una opción, pero la incertidumbre ocasionada por esta indeterminación demuestra la poca confianza que da nuestra autoridad jurisdiccional en el trámite de reconocimiento.

### iii. Violación al orden público

El grueso de la resolución se centra en las violaciones al orden público argumentadas por la oponente. Esta situación no solo es lógica por la existencia de cuatro hechos distintos que sustentan la argumentación de la demandada, sino también por la existencia de distintas consideraciones respecto a la aplicación de la causal, tanto por el tipo de orden público aplicable (doméstico o internacional), y por la aparente exigencia de la normativa procesal costarricense de otorgar la carga de la prueba al actor y por hacer mención al orden público “nacional”.

Por tanto, lo deseable sería que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia hubiera abordado un apartado completo relacionado a consideraciones generales sobre lo que se considera el orden público en Costa Rica, por ser un concepto local,

<sup>12</sup> Gary, Born, *op. cit.*, p. 3545.



así como la forma donde aplica la causal de orden público en esta jurisdicción. Sin embargo, el análisis realizado se limitó a citar un precedente anterior, relacionado a la materia arbitral, pero doméstico<sup>13</sup>, el cual señala lo siguiente:

*[...] las normas imperativas se caracterizan por ser de aplicación obligatoria, no pueden ser sustituidas ni alteradas, imponiéndose de modo absoluto a la voluntad particular. En consecuencia, se yerguen como una barrera infranqueable a su capacidad de disposición, de ahí, la necesidad o interés general de que estén sobre la decisión individual.*

En vista de lo citado por la Sala Primera en esta oportunidad, resulta de interés repasar las diferencias entre el orden público doméstico y el internacional. El orden público doméstico corresponde al conjunto de normas locales que revisten dicho carácter; es decir, que expresamente son denominadas como normas de orden público y, por ende, de carácter imperativo, limitativas de la autonomía de las partes<sup>14</sup>. Por otra parte, el orden público internacional, también llamado en la doctrina como orden público absoluto o cláusula de reserva, es un concepto más amplio que, según el Tribunal Supremo del Reino de España, se referiría más bien a un:

*[...] conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la*

*conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada*<sup>15</sup>.

Vistos los conceptos de ambas acepciones del orden público, es claro que la Sala Primera –sin decirlo– consideró que el tipo de orden público aplicable a la materia de reconocimiento de laudos extranjeros es el orden público doméstico. Nótese que la cita utilizada por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ni siquiera hace referencia al orden público, sino a “normas imperativas”. Esta es la cualidad principal del orden público interno, el cual tiene como objetivo limitar la autonomía de la voluntad de las partes.

Una situación distinta ocurre con el orden público internacional que, si bien es un concepto meramente local, busca la ley extranjera o un laudo extranjero que apliquen, aunque choquen, con sus normas imperativas nacionales, siempre y cuando sean acordes a los principios básicos y esenciales en los cuales se basa su ordenamiento jurídico<sup>16</sup>.

Por lo expuesto, queda acreditado que es importante para una jurisdicción que se aplique la causal de orden público conforme a los parámetros de su acepción internacional, ya que puede provocar que los laudos no sean reconocidos por disposiciones normativas nacionales.

Sin embargo, sin justificación alguna, la Sala Primera se decantó por aplicar conceptos de orden público interno para analizar la procedencia de esta causal de no reconocimiento. Este es un mal precedente para la jurisdicción costarricense en

13 El voto 637-F-2007 de las 8 horas, 50 minutos del 6 de septiembre de 2007 fue dictado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en el expediente 07-000042-0004-AR, donde se conocía sobre un recurso de nulidad contra un laudo dictado en un arbitraje doméstico. Tomado de: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-764536>, 25 de octubre de 2020.

14 Héctor, Medina Casas. (2014). “El orden público internacional en el reconocimiento de laudos extranjeros: Concepto difuso de aplicación restrictiva”. En: *Revista Arbitraje PUCP*, n.º 4, p. 155.

15 Tribunal Supremo del Reino de España. Sentencia 3608 del 30 de mayo de 2007.

16 Mauricio, París Cruz y Mauricio, Rapso Henríquez, *op. cit.*, p. 156.

materia de reconocimiento de laudos, pues se espera que existan fallos futuros donde, motivado en disconformidad con la normativa costarricense, no se reconozcan laudos extranjeros.

Ahora bien, posteriormente, la causal de orden público es analizada por la Sala Primera en los cinco supuestos específicos argumentados por la oponente: (a) transgresión a la función social de la propiedad agraria; (b) inaplicación del principio *lex rei sitae*; (c) aplicación de daños punitivos; (d) violación a la libertad de comercio; y (e) abuso de derecho. Resulta relevante el análisis de las valoraciones realizadas en cada uno de los supuestos:

- (a) Transgresión a la función social de la propiedad agraria: Inicialmente, la Sala destaca que la propiedad agraria y privada gozan de protección constitucional y legal. Sin embargo, se afirma que ambos se ubican en el ámbito de derechos privados disponibles y la función social de la propiedad no puede limitarlos. Por ende, se entiende que estos no cuentan con carácter de norma imperativa y no implican violaciones al orden público. Sin embargo, el fallo no es totalmente claro en cuanto a esta conclusión.
- (b) Inaplicación del principio *lex rei sitae*: El oponente afirmó que el Tribunal Arbitral debió aplicar la ley costarricense en la controversia, pues el laudo tenía efectos sobre bienes inmuebles en Costa Rica, al ordenar destruir cultivos que estaban adheridos a la tierra. La Sala Primera no realizó consideración alguna sobre si esto era un tema relacionado al orden público costarricense, sino que reiteró que la condena surgió de un incumplimiento contractual, sin discusión sobre la creación, modificación o extinción de derechos reales.

- (c) Aplicación de daños punitivos: El análisis de este caso es interesante, pues la Sala Primera afirma que en “el ordenamiento jurídico costarricense no se reconoce la condena de daños punitivos, por tratarse de una sanción que podría generar enriquecimientos sin causa”. Pero desecha el argumento porque considera que no se está frente a ese supuesto. De este análisis, se podría extraer que un laudo en el cual se condene al pago de daños punitivos sería contrario al orden público costarricense, en materia de reconocimiento. Lastimosamente, la Sala Primera no hizo esta afirmación de forma expresa, ni presentó fundamentación alguna de tal conclusión.
- (d) Violación a la libertad de comercio: En esta sección, nuevamente se omite determinar si la limitación a la libertad de comercio es una violación al orden público o no, así como el fundamento de ello. Lo que señala es que el laudo no limita la libertad de comercio, pues la restricción surge del incumplimiento contractual, lo cual no roza con el orden público costarricense.
- (e) Abuso de derecho: Se indica que este argumento no está vinculado a una violación de orden público, sin indicar por qué. Considera que si la actora incurrió o no en conductas abusivas, este es un aspecto de fondo que no puede ser conocido por la Sala Primera. Nuevamente, no hay fundamentación alguna a esta segunda afirmación que motiva el rechazo de la causal.

Con todo lo anterior, se resolvió y se rechazó la oposición presentada por el productor local que se oponía al reconocimiento del laudo extranjero. Luego de rechazar los argumentos presentados, la Corte Suprema de Justicia costarricense señaló

que “en vista que el exequátur requerido cumple con las formalidades y requisitos estatuidos en el CPC, la LACI y las convenciones ratificadas en el país sobre reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos extranjeros”, se procedió con el *exequatur* pedido.

Lo anterior destaca pues se reconoce que, en cualquier reconocimiento de laudo extranjero en Costa Rica, la solicitud debe cumplir con los requisitos adicionales que contempla la normativa procesal sobre la Convención de Nueva York, lo cual es contrario al artículo 3 de este último instrumento. No obstante, también destaca de forma positiva, ya que se reconoce que es la parte opositora quien tiene la carga de la prueba de acreditar la improcedencia del reconocimiento. Lastimosamente, esta última afirmación no se encuentra expresamente en el laudo, sino es una inferencia de la lectura de este último párrafo.

## V. Conclusiones

La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica tuvo la primera oportunidad de analizar un caso de reconocimiento de laudo extranjero, con el fin de generar confianza del país en materia de arbitraje internacional y no la aprovechó. Las carencias en cuanto a análisis de temas relevantes sobre la aplicación de las causales de no reconocimiento y de la Convención de Nueva York en general se pudieron observar en prácticamente cada uno de los apartados de la sentencia. Los principales aspectos que se deben destacar son los siguientes:

1. La jurisdicción costarricense reconoce el principio de inversión de la carga de la prueba en materia de reconocimiento de laudos. Este es un antecedente importante de cara a futuras solicitudes, en las cuales las partes vencedoras del arbitraje internacional tendrán una garantía de que en Costa Rica se respetan el carácter

definitivo del laudo y la excepcionalidad del no reconocimiento de este.

2. En Costa Rica se les dan efectos a los requisitos legales relacionados a la solicitud de reconocimiento de un laudo extranjero en contra de lo dispuesto en una norma de rango superior, como lo es la Convención de Nueva York. Esta situación será de poco agrado para las partes extranjeras que pretendan reconocer un laudo en Costa Rica, al tener que cumplir requisitos no conocidos y que verán como onerosos e innecesarios, en comparación con otros sistemas jurídicos.
3. Se siguen desconociendo los alcances que tiene en Costa Rica la causal de violación al debido proceso del artículo 5.1.b), especialmente si se debe analizar con parámetros internacionales o nacionales, y si coincide o no con el mismo estándar del debido proceso exigido en la jurisdicción ordinaria. Un antecedente importante en el tema genera inseguridad jurídica a las partes, en relación con futuras decisiones de la Corte Suprema en esta materia.
4. Se desconoce si la causal del artículo V.1.c) de la Convención de Nueva York aplica en Costa Rica cuando el tribunal arbitral decide sobre controversias que se encuentran fuera del alcance material del acuerdo arbitral, o también cuando se incurre en un vicio de incongruencia. Se mantiene una incertidumbre en un tema altamente discutido a nivel internacional que, con una resolución integral, pudo haber generado jurisprudencia de relevancia en la región y el mundo y, por ende, fortalecer la visión del país en la materia.
5. La aplicación del orden público interno en materia de reconocimiento de laudos

extranjeros es un retroceso en la materia. Es claro que cualquier tribunal arbitral está imposibilitado de llevar la compleja y engorrosa tarea de dictar laudos que sean acordes con las normas imperativas de todos los posibles países de ejecución del laudo. No obstante, el antecedente bajo análisis pretende que así se realice, al menos en el caso de Costa Rica, lo cual lo hace ser una jurisdicción contraria a los fines del arbitraje internacional.

6. De la decisión estudiada, se extraen ciertos supuestos en los cuales se podría estar frente a la causal de violación al orden público costarricense, en los términos del artículo 5.2.b) de la Convención de Nueva York. Sin embargo, no se conoce el trasfondo de los motivos y los supuestos donde se podría dar. Esta falta de análisis deja incompleta la labor de la Corte Suprema de Justicia para generar un antecedente de importancia en la materia que impulse a la jurisdicción costarricense en el mapa del arbitraje internacional.

Por todo lo expuesto anteriormente, es claro que la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica tiene una cuenta pendiente para generar antecedentes de relevancia, en materia de reconocimiento de laudos extranjeros. La ventaja existente es que el comercio internacional sigue creciendo, Costa Rica no es ajena a ello, y existirán posibilidades futuras para cumplir esta tarea. Se espera que la Corte Suprema de Justicia tome consciencia de la importancia del abordaje de estos temas, con el fin de mejorar la calidad de sus fallos en la materia y cumplir con el fin de promover el desarrollo del arbitraje en el país.

## VI. Bibliografía

### Libros

- Born, Gary. (2014). *International Commercial Arbitration*. Nueva York: Kluwer Law International.
- Sanders, Pieter. (1999). “La elaboración de la Convención”. En *La ejecución de sentencias arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York. Experiencias y Perspectivas*. Nueva York: ONU.
- Tawil, Gustavo. (2008). “Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales. Concepto y diferencias”. En *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º Aniversario*, editada por G.S Tawil E. Zuleta. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

### Revistas

- Mayer, Pier y Sheppard, Audley. (2003). “Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitration Awards”. *Arbitration International*. Vol. 19, n.º 2, pp. 249-263.
- París Cruz, Mauricio y Rapso Henríquez, Mauricio. (2017). “El reconocimiento de laudos extranjeros en la nueva normativa procesal costarricense”. *Spain Arbitration Review*, n.º 30, pp. 153-164.
- Medina Casas, Héctor. (2014). “El orden público internacional en el reconocimiento de laudos extranjeros: Concepto difuso de aplicación restrictiva”. *Revista arbitraje PUCP*, n.º 4, pp. 153-159.

## Páginas web

- Organización de los Estados Americanos. Departamento de Derecho Internacional. “Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Información general del tratado”. *Tratados multilaterales*. (Abril 8, 2020). <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>
- United Nations Commission of International Trade Law. (1958). “Status: Convention of the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. New York, The “New York Convention”. *UNCITRAL*. (Abril 8, 2020, [https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards/status2](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2)
- Sánchez, Wilder Alejandro y Scripcari, Lucía. “Battle of the seats: Developing nations and international arbitration centers”. *Geopolitical Monitor*. (Abril 8, 2020). <https://www.geopoliticalmonitor.com/battle-of-the-seats-developing-nations-and-international-arbitration-centers/>
- Queen Mary University of London, y White & Case LLP. “2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration”. *Queen Mary University of London*. (Abril, 8, 2020).
- <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>

## Jurisprudencia

- Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos de América, caso Parson & Whittemore Overseas vs. Société Générale de L’Industrie du Papier.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto 637-F-2007 de las 8 horas, 50 minutos del 6 de septiembre de 2007.
- Tribunal Supremo del Reino de España. Sentencia 3608, 30 de mayo de 2007.



# COSTA RICA Y LA OBSERVANCIA DE SUS OBLIGACIONES ADQUIRIDAS CON LA FIRMA DEL CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Lic. Arcelio Hernández Mussio\*

## RESUMEN

*Este artículo analiza el alegado patrón de incumplimiento de Costa Rica respecto a las obligaciones contenidas en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Al presentar un breve estudio de casos y análisis de la normativa que rige la materia, así como los aportes de organismos internacionales, pretende servir como base para seguir más exhaustivamente el cumplimiento de las obligaciones del Estado costarricense en la protección de los niños y las niñas víctimas de sustracciones internacionales y sobre las posibles causas del eventual incumplimiento. Se ofrecen posibles soluciones a la situación de inobservancia y los vacíos observados en determinados casos.*

**Palabras claves:** *Sustracción de menores, convenios internacionales, derechos del niño y de la niña, derecho internacional privado.*

## ABSTRACT

*In its annual report for the year 2020, the United States Department of State included Costa Rica in a list of ten countries showing a pattern of non-compliance with the obligations contained in the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. This apparent lack of compliance by Costa Rica represents significant damage to children, contrary to the constitutional mandates that require the State to protect them. In this article, the possible reasons for non compliance are analyzed, from a brief study of cases. Finally, recommendations are offered in order to fill the gaps that have been detected, so that the Convention may be more effectively observed, while protecting mothers who claim domestic violence as the reason for the international abduction of their children.*

Recibido 2 de agosto de 2020

Aprobado 12 agosto 2020

---

\* Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de las Américas. Un extracto de su tesis de licenciatura fue publicado por la Editorial Universidad de Costa Rica bajo el título *Hacia una Nueva Cultura de Seguridad Vial* en el año 2003. Es abogado litigante y Notario Público desde el año 2001. Tiene estudios superiores en California, donde cursó estudios generales y obtuvo un grado de Asociado en Artes en el año 1992. Es traductor e intérprete oficial del idioma inglés y perito para el Poder Judicial desde el año 2000. Ha sido profesor universitario de Derecho de Familia y ha escrito varios libros y artículos científicos en diversas ramas del derecho. [thankyoulawyer@gmail.com](mailto:thankyoulawyer@gmail.com)

## INTRODUCCIÓN

**R**ecientemente, en su informe del 2020, el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América (en adelante “el informe”) incluyó a Costa Rica en la lista de países que muestran un patrón de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Esta aparente falta hacia los compromisos adquiridos por Costa Rica representaría un daño importante, contrario a los mandatos constitucionales que le exigen al Estado la protección de los niños y las niñas, el cual merece la pena investigar.

Este artículo pretende servir como base para seguir más exhaustivamente el cumplimiento de las obligaciones del Estado costarricense en la protección de los niños y las niñas víctimas de sustracciones internacionales y sobre las posibles causas del incumplimiento. Además, se pretende dar recomendaciones incluyendo una mayor participación en organismos internacionales que trabajan en esta problemática, así como el fortalecimiento del conocimiento del tema en las personas funcionarias del Patronato Nacional de la Infancia.

## DESARROLLO

La República de Costa Rica es signataria del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, el cual fue firmado en La Haya el 25 de octubre de 1980 y fue ratificado nacionalmente mediante la Ley N.º 7746 del 17 de marzo de 1998. Este convenio pretende proteger a las personas menores de edad:

*[...] en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor*

*a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita. (Ley N.º 7746, 1998).*

Cada país que ha ratificado o se ha adherido a la convención debe tener una autoridad central, principal punto de contacto para los padres y otros Gobiernos involucrados en caso de sustracción internacional de menores, así como con organismos internacionales.

Según este instrumento internacional, la autoridad central sería la responsable de ayudar a localizar a las niñas y los niños sustraídos, fomentar soluciones amistosas a los casos de sustracción de los padres y facilitar el retorno seguro de las niñas y los niños, según corresponda.

Costa Rica también es signataria de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores del 15 de julio de 1989, suscrita el 22 de mayo de 1997 y aprobada con la promulgación de la Ley N.º 8032 de 19 de octubre de 2000, publicada en el Diario Oficial *La Gaceta* n.º 216 del 10 de noviembre de 2000, por lo que resulta importante analizar también el rol que la OEA y sus organismos desempeñan, como la implementación del Programa Interamericano sobre Cooperación para Prevenir y Reparar los casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus Padres.

Durante el proceso de restitución, algunos progenitores buscan, al menos, autorización para visitar a sus hijos e hijas, o bien llegan a acuerdos conciliatorios para lograr hacer efectivo ese derecho. Sin embargo, como se evidencia del estudio de casos, ese derecho es vulnerado por las autoridades judiciales encargadas de tramitar dichos procesos en suelo nacional, debido a la lentitud con la que se tramitan esos procesos.

El derecho de visita está contemplado en la Convención sobre Derechos del Niño de 1990,



ratificada por medio de la Ley N.º 7739 del 6 de enero de 1998. Según se establece en el artículo 4 de este instrumento, “los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos” en ella. La Convención dispone en su artículo 3 que:

*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. El Comité de los Derechos del Niño es un órgano de dieciocho expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por los Estados Partes. Este órgano ha desarrollado este concepto, y en su observación general número 14 (2013) ha dicho que “El objetivo del artículo 3, párrafo 1, es velar porque el derecho se observe en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño. Esto significa que, en cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá. El término “medida” incluye no solo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas (párr.17).*

En su artículo 9, párrafo 3, este Convenio indica que “Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. (1998). Y en su artículo 11, la Convención dispone lo siguiente: “Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de

niños en el extranjero. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”. (Ley N.º 7739, 1998).

En cuanto al derecho de visitas, el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores define lo siguiente:

*Artículo 5º- A los efectos del presente Convenio: a) el “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) el “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual. (1998).*

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores menciona en lo pertinente:

*Artículo 3. Para los efectos de esta Convención: a) El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia; b) El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual. (2000).*

En 1993, La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirmó en la Declaración y Programa de Acción de Viena “[...] el importante y constructivo papel que desempeñan las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos” y alentó “[...] la creación y el fortalecimiento de esas instituciones nacionales”.

La Asamblea General y la Comisión de Derechos Humanos de la ONU han pedido reiteradamente

que se establezcan instituciones nacionales de derechos humanos, destacando el importante papel que estas desempeñan en la promoción y protección de los derechos humanos y en la toma de mayor conciencia pública respecto de esos derechos. En este sentido, cabe recalcar que Costa Rica cuenta con una institución encargada de velar por el respeto a los derechos de los niños y las niñas, el PANI. (p. 15).

A nivel de derecho interno, los artículos 56 y 152 del Código de Familia, Ley N.º 5476 del 21 de diciembre de 1973, indican la facultad que tiene el tribunal de reglamentar las relaciones personales entre padres, hijos, abuelos y, más recientemente, entre los niños y sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes que formen parte de dicho círculo familiar extendido y afectivo, cuando el interés superior de la persona menor de edad así lo justifique.

Por su parte, en los artículos 35 y 131, inciso a) del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N.º 7739 del 6 de febrero de 1998, y en el artículo 3, inciso h) de la Ley contra la Violencia Doméstica, se encuentran otras referencias directas a dicho instituto.

Desde una perspectiva más amplia, el derecho a la vida familiar es un derecho tanto de los niños, las niñas y de sus progenitores. Al respecto, la sentencia de la CIDH en el caso Fourneron vs. Argentina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) cita lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a lo siguiente:

*113. Adicionalmente, la Comisión afirmó que el Estado no ha tomado las medidas necesarias para implementar un régimen de visitas oportuno, por lo que la niña ha sido privada de su derecho a acceder a diversos aspectos de su identidad, de contar con*

*información importante para su desarrollo y de establecer vínculos con su familia biológica. Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes puede constituir una violación del derecho a la identidad (p. 35).*

El artículo 27 de la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores del 15 de julio de 1989 (2002) crea el Instituto Interamericano del Niño, el cual:

*tendrá a su cargo, como Organismo Especializado de la Organización de los Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de esta Convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados Partes de esta Convención derivada de la aplicación de la misma. Igualmente, tendrá a su cargo la tarea de cooperación con otros Organismos Internacionales competentes en la materia.*

Este instituto tiene a su cargo la coordinación de las actividades de las autoridades centrales de los Estados miembros en el ámbito de la Convención Interamericana sobre este tema, así como la tarea de cooperación con otros órganos y organismos afines del sistema interamericano, con los Estados Observadores Permanentes de la OEA, las entidades financieras multilaterales, las agencias especializadas de las Naciones Unidas, las organizaciones de la sociedad civil y otras entidades relacionadas al tema, y, en especial, con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, organización intergubernamental que reúne a 150 países, elabora instrumentos jurídicos multilaterales que responden a necesidades en lo civil, comercial

y familiar y su seguimiento, en el ámbito del derecho internacional privado. (HCCH, s.f.).

## **BREVE ESTUDIO DE CASOS**

Para tener una idea del grado de cumplimiento de Estados Unidos y de Costa Rica con el Convenio de la Haya bajo estudio, se analizarán casos concretos.

### **Caso de Michael Louis**

Michael Louis era un contador de profesión, un ciudadano estadounidense, quien, según su criterio, salvaría a sus hijas de su madre, si las trae a Costa Rica. No obstante, su decisión no tuvo un buen desenlace, pues fue detenido en Moravia al poco tiempo de haber huido del área de St. Louis, Missouri, con sus dos pequeñas y sin contar con el permiso de su exesposa, bajo cargos de secuestro parental internacional y otros.

Después de ser detenido, sus hijas fueron entregadas a la madre, y Michael se convirtió en residente del CAI San José, mientras se llevaba a cabo el proceso de extradición. Estados Unidos de América quería hacerle enfrentar a la justicia por 14 cargos, los cuales iban desde la sustracción internacional parental, hasta el crimen organizado.

Sin embargo, al conceder la extradición, el Tribunal Penal de San José solo la autorizó por los dos cargos de sustracción de menores, al tiempo que desestimó todos los demás cargos por no existir delitos equivalentes en Costa Rica. (A.M. Costa Rica, 2002).

El caso de Michael Louis impresiona por la velocidad con la que las niñas fueron devueltas a los Estados Unidos de América. Incluso, fueron entregadas a la madre en suelo nacional sin que se siguiera el procedimiento establecido en el Convenio, el cual técnicamente requería

de una solicitud en sede administrativa para la devolución voluntaria de las personas menores.

Pero los casos no son tan sencillos, cuando es la madre quien realiza la sustracción internacional de los hijos y de las hijas, como veremos a continuación.

### **Caso de Chere Lyn Tomayko versus Roger Cyprian**

La señora Tomayko se trajo a su hija menor de edad desde Texas a Costa Rica, Estados Unidos, sin contar con el permiso del padre de la niña y en violación a una sentencia judicial que le impedía sacar a la menor fuera de ese territorio estadounidense, pues ambos progenitores tenían la custodia compartida de su hija. Por ello, Tomayko enfrentó un cargo federal por sustraer a su hija, Alexandria, de Texas, en mayo de 1997. El caso estaba bajo la supervisión del Tribunal de Distrito del Condado de Tarrant.

El caso ganó titulares porque la Sra. Tomayko permaneció libre y vivía en Heredia hasta el 19 de septiembre de 2007, cuando finalmente fue detenida por el cargo de secuestro de menores. Para entonces, su hija ya era legalmente adulta. La mujer vivió tranquilamente durante cinco años en Heredia, a pesar de que a las personas funcionarias de la Embajada de los EE. UU. se les informó su paradero desde el 2002.

Ante la situación previamente escrita, la Embajada de EE. UU. acusó a la Oficina Federal de Investigaciones (FBI, por sus siglas en inglés) de malogar un caso de secuestro de niños de alto perfil. Un funcionario de la embajada hizo esa acusación en un correo electrónico a un senador estadounidense.

Pero, en un correo electrónico del 28 de noviembre de 2007, el cónsul general, David Dreher, le indicó al senador estadounidense John Cornyn de Texas

que los funcionarios de la embajada enviaron la información al FBI dentro de las 24 horas de recibida (A.M. Costa Rica, 2008). No obstante, el padre de la niña, Roger Cyprian, afirmó que sus contactos con el FBI señalaron que nunca habían recibido esa información de la embajada con sede en San José.

La Sra. Tomayko es considerada una fugitiva de la justicia de alto perfil y está en la lista de los 10 más buscados del FBI. Su rostro se difundió en redes sociales y en la página oficial del FBI, donde se solicitaba específicamente que los informadores en el extranjero se contactaran con la embajada local.

El 19 de junio del 2020 se tuvo la oportunidad de entrevistar a uno de los abogados estadounidenses que participó en este caso, Daniel Reese Wise, quien explicó que hubo mucha manipulación desde el ámbito de lo político en este caso.

Incluso la presidente Laura Chinchilla se manifestó a favor del otorgamiento del estatus de refugiada para Tomayko (D. Wise, comunicación personal, 17 de junio de 2020). Pero fue otro caso en que no se logró la restitución internacional.

### **Caso de Roy Koyama versus Trina Atwell**

En este caso, una madre de nombre Trina Atwell sustrajo a su hija menor de edad desde los Estados Unidos de América hasta Costa Rica. Luego del proceso de restitución internacional, los tribunales costarricenses ordenaron que la niña fuera regresada a su país de residencia habitual. La madre, que vivía en Springfield, Montana, se negó a cumplir con las órdenes de los tribunales costarricenses y presentó una solicitud de refugio, tanto para ella como para la hija que sustrajo, Emily Koyama, alegando violencia doméstica. Pero agregó que había abuso de drogas y abuso sexual por parte del padre de la niña, Roy Koyama.

La niña fue sustraída cuando tenía siete meses en febrero del 2009 y, desde entonces, se inició el proceso legal.

El Convenio de La Haya (1980) rige en ambos Estados, pero hasta ahora Costa Rica no había devuelto ni a un solo niño o una sola niña. Emily Koyama se perfilaba como un primer caso. La conexión de la madre con Costa Rica era su matrimonio con un costarricense. Su hermana también vivía en suelo tico.

En diciembre de 2010, Roy Koyama, el padre de la niña, ganó el proceso de restitución en Costa Rica, segundo país en rechazar las acusaciones de violencia y abuso de la madre de la niña. El señor Koyama se preparó para recibir a su pequeña niña en casa después de casi dos años en los que Emily aprendió el español como lengua materna y a llamar papá *daddy* al esposo de Atwell, de apellido Chavarría.

Sin embargo, el retorno a casa, planeado para el 14 de diciembre, no se dio, pues el 31 de enero del 2011, un juez costarricense ordenó que Emily fuera llevada a un hogar de acogida. La madre afirmó que su hija ya no conocía a su padre biológico y solo hablaba español. Así, solicitó el apoyo de la Defensoría de los Habitantes en Costa Rica, la cual apoya los derechos de las mujeres.

La Defensoría presentó un recurso de *habeas corpus* donde argumentaba que el regreso de Emily a su país era inconstitucional. La Sala declaró sin lugar el recurso, pero también ordenó la salida de la niña del hogar de acogida, y su repatriación a los Estados Unidos se detuvo hasta que se conociera una solicitud de refugio para ella y su hija (NPO, s.f.). La niña fue puesta al cuidado de la madre y su esposo.

La solicitud de refugio fue acogida, y la restitución nunca se logró. Por estos motivos, para algunas personas, se refuerza la imagen de Costa Rica

como refugio de las madres que secuestran a sus hijos e hijas a nivel internacional.

### **Caso de Gabriel Rivas versus Margoth Araya**

En este asunto, una niña de solo tres años fue sustraída de los Estados Unidos de América hasta Costa Rica por su madre costarricense en febrero de 2015. Ambos progenitores tenían la guarda compartida de su hija. Desde que se inició el proceso de restitución en Costa Rica, en el 2019, se solicitó un régimen de visitas para el padre. Sin embargo, no se resolvió sobre esa solicitud previo a la primera audiencia convocada para fines de una posible conciliación y recepción de prueba, en caso de que fracasara la conciliación.

En este caso, se puede observar la lentitud con la que se tramita este tipo de solicitudes de restitución internacional de menores y de visitas mientras dure el proceso.

La primera audiencia se llevó a cabo ante el Juzgado de Niñez y Adolescencia, el 30 de julio de 2020. En esta audiencia de conciliación, se acordaron un régimen de comunicación y de visitas, y al menos un viaje anual a los Estados Unidos para la niña.

El hecho de que ya habían pasado varios años desde que se diera la sustracción, fue un elemento que el padre consideró para llegar al acuerdo. Por ello, es recomendable, en estos casos, no dejar pasar el año que establece el artículo 12 de la Convención.

### **CONCLUSIONES**

Costa Rica ha venido concediendo el refugio a madres que alegan que han sido víctimas de violencia doméstica en su país de origen, sin que se siga ningún procedimiento a nivel internacional, ya sea bilateral o por medio de algún organismo internacional, para verificar la veracidad de las alegaciones de violencia.

El proceso de refugio detiene el de extradición y, al final, hay impunidad. Además, Costa Rica no entrega a las personas menores de edad sustraídas de su país de residencia, por las mismas razones.

Al 3 de diciembre de 2019, la Oficina de Asuntos de Menores de los EE. UU. sostiene en el informe que no está al tanto de ningún caso en que un niño llevado ilegalmente a Costa Rica desde los Estados Unidos haya sido regresado a ese país por una orden judicial. Asimismo, agrega que la mora judicial persiste en estos casos (United States Department of State, 2019).

En el 2002, el Departamento de Estado de los EE. UU. explicó que había trabajado en más de 16 000 casos de restitución internacional de menores a nivel mundial, bajo el Convenio de la Haya. Se trata, sin duda, de un problema que afecta a numerosos niños. (A.M. Costa Rica, 2002).

Curiosamente, es mayor la cantidad de madres que huyen de un país con sus hijos e hijas que los padres que toman esa decisión. Al respecto, Weiner (2000) cita a Geoffrey Greif y Rebecca Hegar (1993), quienes publicaron un estudio de 368 progenitores que fueron “dejados atrás”, cuyos hijos fueron sustraídos por el otro progenitor. El estudio reveló que las madres constituían el mayor porcentaje de quienes sustraen a los hijos, contrario a lo que anteriormente se suponía. También se indicó que “los matrimonios de los padres tendían a ser caracterizados por la violencia doméstica”. (p. 595).

Si bien se puede considerar que existe el marco jurídico para proteger a esas madres ante situaciones de violencia, lo cierto es que, al menos en los casos estudiados, Costa Rica no realizó ningún tipo de investigación para validar las acusaciones de violencia doméstica y, en algunas ocasiones, las autoridades judiciales estadounidenses han advertido que esas acusaciones no tenían sustento.

Esta estrategia que se ha utilizado con éxito para evitar la extradición de la madre y la restitución del hijo o de la hija se ha visto como un patrón que le ha venido ganando a Costa Rica una cierta reputación como lugar de refugio para quienes deciden sustraer a sus hijos e hijas a nivel internacional.

Se denota también una ausencia de participación de Costa Rica en las actividades de los organismos internacionales especializados en esta materia.

Costa Rica, en efecto, muestra un patrón de inobservancia de los compromisos adquiridos en el Convenio. Si bien es cierto, la violencia doméstica puede ser el detonante que motiva que una madre sustraiga a sus hijos e hijas y se los lleve ilegalmente a otro país, lo cierto es que, en los casos estudiados, las autoridades costarricenses no se preocuparon por validar las acusaciones de violencia doméstica de las madres a las que se les otorgó refugio con base en esas alegaciones.

Esta situación denota la necesidad de establecer protocolos de cooperación internacional para esos casos, aprovechando que Costa Rica es miembro de la OEA, la cual tiene organismos especializados para que esas sustracciones ilegales no queden en la impunidad y se logre la restitución internacional de los niños y las niñas.

## RECOMENDACIONES

Siguiendo a Weiner (2000), se recomienda la introducción de una defensa previa ante la solicitud de restitución para las mujeres maltratadas que se han visto obligadas a huir de un país y establecerse en el extranjero con sus hijos e hijas. Debe existir un procedimiento que ofrezca una etapa de investigación previa a la resolución del caso, se deben recabar pruebas que confirmen o descarten la supuesta violencia alegada por quien ha sustraído a su hijo o hija a nivel internacional. El procedimiento consistiría en permitirles litigar a estas presuntas víctimas sobre cuestiones de guarda en el país al que huyeron. La restitución de sus hijos e hijas se suspendería hasta que el litigio fuera decidido en firme. Esto ofrecería la mejor esperanza para abordar las preocupaciones de víctimas de violencia doméstica sin menoscabar la convención (p. 593).

Por otra parte, se recomienda actualizar y fortalecer a las personas funcionarias del Patronato Nacional de la Infancia para que su participación en los procesos de restitución internacional de menores sea acorde con el respeto a los derechos humanos de los niños y las niñas.

Por otra parte, Costa Rica no estuvo presente en la Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores por Parte de uno de sus Padres, la cual se celebró en Montevideo Uruguay, en agosto de 2002, en el marco del Programa Interamericano de Cooperación Para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus Padres.

Se recomienda una mayor participación de Costa Rica en este tipo de reuniones a nivel regional, para aumentar su participación en estos foros y la conciencia de la importancia de la temática.

## REFERENCIAS

A.M. Costa Rica. (2002, 1° de febrero). *Child Abduction Case is Putting Embassy on the Spot*.

A.M. Costa Rica. <https://www.amcostarica.com/020102.htm>

A.M. Costa Rica. (2002, 28 de junio). *Court Cuts Counts in Abduction Case*. A.M. Costa Rica. <http://www.amcostarica.com/062802.htm>

A.M. Costa Rica. (2008, 9 de enero). *Embassy here Blames FBI for Tomakyo Case*

*Fumble*. A.M. Costa Rica. <http://www.amcostarica.com/2008010901.htm>

Asamblea Legislativa. (1973, 21 de diciembre). *Código de Familia*. Procuraduría General de la República.

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=970&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=970&strTipM=TC)

Asamblea Legislativa. (1998, 2 de junio). *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Procuraduría General de la República.

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&param2=1&nValor1=1&nValor2=43077&strTipM=TC&lResultado=4&strSelect=sel](http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&param2=1&nValor1=1&nValor2=43077&strTipM=TC&lResultado=4&strSelect=sel)

Asamblea Legislativa. (1998, 17 de marzo). *Aprobación de la adhesión al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Procuraduría General de la República.

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?pa-](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?pa-)

[ram1=NRTC&nValor1=1&nValor2=26420&nValor3=27957&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=26420&nValor3=27957&strTipM=TC)

Asamblea Legislativa. (2000, 19 de octubre). *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*. Procuraduría General de la República.

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=47427&nValor3=50310&param2=1&strTipM=TC&lResultado=2&strSim=simp](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=47427&nValor3=50310&param2=1&strTipM=TC&lResultado=2&strSim=simp)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012, 27 de abril). *Caso Fourneron e hija vs. Argentina*. Sentencia del 27 de abril de 2012. (Fondo, reparaciones y costas).

[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf)

Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Recuperado de [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/14.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf)

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2006). *Convención Internacional de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989*. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Instituto Interamericano del Niño. (2002). *Memoria de la Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Sustracción Internacional de Menores por Parte de uno de sus Padres*. (Consultado el 31 de julio de 2020). <http://www.iin.oea.org/pdf-iin/reunion-expertos-sobre-sustraccion-menores-padre.pdf>

NPO (s.f.). *U.S. Mom Claims Refugee Status in Costa Rica after Kidnapping Daughter*. National Parents Organization. (Consultado el 14 de junio de 2020). <https://nationalparentsorganization.org/blog/12923-u-s-mom-claims-refu>

UNICEF (s.f.). *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*. Organización Mundial para la Cooperación Transfronteriza en Materia Civil y Comercial (s.f.). Sobre la HCCH. Consultado el 31 de julio de 2020. <https://www.hcch.net/es/about>

The Bureau of Consular Affairs. (s. f.). *International Parental Child Abduction*. Travel.State.Gov. (Consultado el 15 de junio de 2020).

<https://travel.state.gov/content/travel/en/International-Parental-Child-Abduction/abductions/hague-app-wizard.html>

United States, Department of State. (2019). *Report on Compliance with The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction April 2019*. Travel.State.Gov. <https://travel.state.gov/content/dam/NEWIPCAAssets/pdfs/2019%20Report.pdf>

United States of America, Department of State. (2020). *Report on Compliance with the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction April 2020*.

Travel.State.Gov. <https://travel.state.gov/content/dam/NEWIPCAAssets/2020%20Annual%20Report%20and%20Appendices%201MAY2020.pdf>

Weiner, M. (2000). *International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence*. Fordham L.. <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol69/iss2/6>



---



# *Comentarios de Jurisprudencia*

---



[Volver al índice](#)



# LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMPARADO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Dr. Haideer Miranda Bonilla\*

## RESUMEN

*El presente estudio analiza la utilización del derecho comparado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de cortes, salas y tribunales constitucionales de América Latina.*

**Palabras claves:** *derecho comparado, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, diálogo judicial, control de convencionalidad.*

## ABSTRACT

*This paper reviews the use of comparative law by the Inter-American Court of Human Rights, particularly the jurisprudence of the European Court of Human Rights and of Constitutional Courts, Chambers and Tribunals of Latin America.*

**Keyword:** *comparative law, Inter-American Court of Human Rights, European Court of Human Rights, judicial dialogue, control of conventionality.*

Recibido 23 abril 2020

Aprobado 12 de agosto 2020

---

\* Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Italia, tesis con mención de sobresaliente cum laude. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional y especialista en Estudios Internacionales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, Italia. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho (UCR). Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Asesor del Despacho de la Presidencia del Poder Judicial de Costa Rica. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

haideerm@gmail.com

\*\* Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora.

**SUMARIO:** 1. Introducción.- 2. El uso del derecho comparado por las jurisdicciones constitucionales y convencionales.- 3.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos como instrumento vivo.- 4.- La utilización del derecho comparado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.- 5. La utilización de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos por la Corte IDH y viceversa: el surgimiento de un diálogo judicial horizontal entre sistemas regionales de protección.- 6. La utilización de jurisprudencia de cortes, salas y tribunales constitucionales por la Corte IDH.- 6.1. La sentencia Almonacid Arellano y la formalización del control de convencionalidad en sede nacional.- 6.2. La sentencia Átala Rizzo.- 6.3. La sentencia Artavia Murillo.- 6.4. La sentencia Poblete Vilches.- 7. **El juez interamericano como giudice comparatista.**- 8. Conclusiones.- 9. Bibliografía.

*En memoria de Paolo Carroza<sup>1</sup>*

## 1. Introducción

La globalización del derecho, la internacionalización de los derechos humanos y la circulación de la jurisprudencia han mostrado que la referencia a las fuentes extrasistémicas, o

externas al ordenamiento jurídico de referencia ya no es un fenómeno circunscrito a los tribunales nacionales y constitucionales<sup>2</sup>, sino que se encuentra presente en la actividad de las cortes internacionales<sup>3</sup>.

Las jurisdicciones constitucionales y convencionales sufren de un déficit de legitimación democrática, el cual viene colmado en particular modo en la motivación de las sentencias y el uso de argumentos de peso en el proceso decisonal<sup>4</sup>. El método comparado adquiere una importancia cada vez mayor en el derecho en general y, particularmente, en el derecho constitucional<sup>5</sup>, pues es un instrumento que permite conocer mejor un determinado ordenamiento jurídico, la regulación normativa de una institución jurídica y las soluciones que otras jurisdicciones brindaron a un mismo problema, lo cual no conlleva a que se tenga que llegar a respuestas identificas o similares<sup>6</sup>.

El presente estudio pretende poner en evidencia cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección, en el ejercicio de sus funciones consultiva y contenciosa, utiliza cada vez con mayor frecuencia e intensidad el derecho comparado, en particular, el formante

1 Quiero dedicar el presente artículo a la memoria del *costituzionalista y comparatista* Paolo Carroza, extraordinario académico y ser humano, a quien tuve el honor de conocer en mis lecciones doctorales y en el *Corso di Alta Formazione in Giustizia Costituzionale*, donde me transmitió la importancia que tiene el método comparado y el diálogo judicial en los derechos humanos y en el constitucionalismo actual. Fue una persona quien, sin duda alguna, dejó un gran legado.

2 CARROZZA Paolo, DI GIOVINE Alfonso, FERRARI Giuseppe. (2014). *Diritto Costituzionale Comparado*. Bari: Ed. Laterza.

3 GROPPI Tania y LECIS COCCO-ORTU Anna Maria. (2014). Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?, p. 188. En *Revista de Derecho Política*. N.º 91, Madrid: Ed. UNED.

4 ZAGREBELSKY Gustavo. (2005). *Principi e voti. La Corte Costituzionale e la politica*, p. 11. Torino: Ed. Einaudi.

5 BAGNI Silvia, FIGUEROA MEJÍA Giovanni, PAVANI Giorgia (coordinadores). (2017). *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*. Tomos I, II y III. Madrid: Ed. Tirant Lo Blanc.

6 MIRANDA BONILLA Haideer. *La influencia del derecho comparado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica*, p. 1125 – 1158. En BAGNI Silvia, FIGUEROA MEJÍA Giovanni, PAVANI Giorgia (coordinadores). (2017). *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*. Tomo 2. Madrid: Ed. Tirant Lo Blanc.

jurisprudencial, al utilizar no solo sentencias de su homólogo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino también jurisdicciones constitucionales y supremas de países que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos o, incluso, de otras latitudes.

## 2. El uso del derecho comparado por las jurisdicciones constitucionales y convencionales

El uso de la comparación por parte los jueces y las juezas constitucionales es uno de los temas de mayor actualidad en el debate comparatista<sup>7</sup>. Desde mediados de los años 90, los primeros estudios de derecho constitucional global habían resaltado el creciente rol de los jueces constitucionales y convencionales como protagonistas de la circulación jurídica, a través de la utilización de argumentos «extrasistémicos» o bien la referencia cada vez más frecuente en las sentencias al derecho internacional de los derechos humanos y de sentencias de otras cortes o tribunales constitucionales<sup>8</sup>.

El progresivo aumento que viene reconocido al método comparado por parte de la jurisprudencia

no solo interna y constitucional, sino también convencional y supranacional, pone en evidencia cómo la comparación jurídica cobra cada día mayor importancia en la creación y aplicación del derecho, en particular modo en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, en donde se puede establecer la existencia de un espacio cultural común que permite instituir los presupuestos para establecer la existencia de un *judicial dialogue*.

La comparación consiste en una operación lógica que conlleva el estudio analítico de los ordenamientos e instituciones examinadas, la consideración de los datos obtenidos, su comparación y una síntesis de la que emerge la validación crítica que contiene el juicio comparativo<sup>9</sup>. Hacer derecho comparado es (también y no solo) crear (o utilizar) clases y modelos, operar confrontaciones por analogías y diferencias, indagar sobre la circulación, la exportación o la importación de las instituciones, así como considerar su capacidad de adaptación a contextos diferentes<sup>10</sup>.

El derecho comparado se diferencia en su lugar, de cualquier otra disciplina por el hecho de asumir como propio objeto de estudio una pluralidad

7 En la doctrina, se deben destacar los estudios de: ALPA Guido (a cura di). (2006). *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*. Milán: Ed. Giuffrè. BALDASSARRE. Antonio. (2006). La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo. 983 ss. PASSAGLIA Paolo. Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005 – giugno 2015. En *Revista Telematica Giurcost*. N.º 2, 2015. En <http://www.giurcost.org/studi/index.html> PEGORARO Lucio. (1987). La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80. En *Revista Quaderni costituzionali*, 601 ss. ID. Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali. En *Revista Diritto pubblico comparato ed europeo*. 1999, 411 ss. ID. *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, p. 477 ss. En G.F. FERRARI – A. GAMBARO (a cura di). (2006). Corti nazionali e comparazione giuridica. Nápoles: Ed. ESI. *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica*. Bolonia: Ed. Clueb. SPERTI Angioletta. (2006). Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente. En *Rivista di diritto costituzionale*, p. 125 ss.

8 Entre los múltiples estudios de derecho constitucional comparado que surgieron en esa época, se puede mencionar: L'HEUREUX –DUBE C. (2001). The international Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation. En *Harvard Law Revist*, p. 2049 ss. SLAUGHTER A. (2003). Global Community of Courts. En *Harvard International Law Journal*, p. 191 ss.

9 DE VERGOTTINI Giuseppe. (2013). *Diritto costituzionale comparato*. Milán: Ed. CEDAM, p. 52.

10 PEGORARO Lucio. (2015). *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*. Torino: Ed. Giappichelli. ID. (2013). *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*. Milán: Ed. CEDAM,

de ordenamientos jurídicos actualmente en vigor - o, eventualmente, también todos los ordenamientos vigentes o todos aquellos que presentan determinadas características- y de asumir como propio objetivo final, no tanto el conocimiento de cada uno de los ordenamientos tomados en examen en cada detalle, como la confrontación entre estos y las consecuencias del análisis de las diferencias y de las analogías de estructura y de disciplinas reconocibles<sup>11</sup>. El fin primordial de la comparación es conocer las diferencias existentes entre modelos jurídicos, contribuyendo de esa forma al conocimiento de los modelos puestos en confrontación<sup>12</sup>.

En este sentido, la doctrina distingue la macro-comparación entre sistemas jurídicos distintos, y la micro-comparación entre sistemas jurídicos de la misma familia<sup>13</sup>. Al respecto la:

*«macro comparazione», tende ad identificare la linee di tendenza che roccorrono nelle diverse esperienze praticamente realizzate nei diversi paesi onde individuare talune modelli cui gruppi di ordinamenti sembrano ispirarsi, anche se differenziandosi più meno accentuatamente tra loro. Un secondo tipo di comparazione detta la «micro-comparazione» tende invece a porre a confronto singoli istituti giuridici, comuni ad ordinamenti diversi o almeno raffrontabili tra loro, onde mettere in evidenza le somiglianze o le differenze che la disciplina ad essi applicata nei vari paesi presenta<sup>14</sup>.*

En este sentido, es muy útil la construcción de CAPPELLETTI quien plantea seis etapas de la comparación jurídica:

*a) El tertium comparationis: Es fundamental, desde un punto de vista prejurídico, la existencia de un problema o necesidad social compartido por dos o más países o regiones, a los cuales debe extenderse el análisis comparativo (por ejemplo, buscar un modelo institucional de integración regional, o buscar una nueva solución a la política agraria o ambiental); b) La solución jurídica del problema: se trata de establecer con cuales normas, instituciones y procesos jurídicos, los países han tratado de resolver el problema o necesidad común; c) Las razones de ser de las analogías y diferencias: las razones históricas, sociológicas, éticas, etc. pueden explicar la diferencia de las soluciones adoptadas como respuesta al mismo problema; d) Búsqueda de las grandes tendencias evolutivas: éstas pueden ser similares o divergentes; e) La valoración de las soluciones adoptadas, o modelos de solución, considerando su eficacia o ineficacia en resolver el problema o necesidad planteada en la investigación. Esta valoración debe basarse en datos concretos empíricamente verificables, en relación con la necesidad social planteada; f) Predicción del desarrollo futuro: el comparatista, finalmente puede poner en evidencia las tendencias evolutivas, destinadas a continuar o extenderse, estando*

11 PIZZORUSSO Alessandro. (1998). *Sistemi giuridici comparati*. Milán: Ed. Giuffrè, p. 148.

12 SACCO, Rodolfo. (1994). *Trattato di Diritto Comparato. Introduzione al Diritto Comparato*. Torino, UTET, 5ª. Ed., p. 13.

13 CAPPELLETTI, Mauro. (1998). *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*. Ed. Il Mulino, p. 14. SACCO Rodolfo. *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 23. Consideran que la microcomparación se produce cuando el objeto recae sobre los métodos en los cuales recae la formación de la materia jurídica, a saber, los procedimientos, las técnicas legislativas, la codificación, las sentencias, la forma de solución de conflictos, los sujetos, etc; mientras la macrocomparación la hacen recaer en institutos jurídicos concretos.

14 PIZZORUSSO Alessandro. *Sistemi giuridici comparati*, op. cit., p. 158.

*basadas en problemas y necesidades reales de la sociedad*<sup>15</sup>.

En los últimos años, el intercambio de experiencias viene focalizado en la utilización y citación por parte de los órganos de justicia constitucional, convencional y supranacional de materiales normativos y jurisprudenciales externos a sus ordenamientos.

En este sentido, existen jueces que demuestran una apertura a la utilización del derecho comparado y, por lo tanto, a dialogar con otras jurisdicciones y, por el contrario, jurisdicciones bastante reticentes o tímidas a ese fenómeno. Al respecto, se diferencia una serie de posibilidades: tribunales que rechazan el diálogo con fuentes extranjeras o la imposibilidad de este; aquellos que las estudian y conocen, pero no las usan en su fundamentación; tribunales que citan precedentes extranjeros de manera erudita, pero que no los incorporan realmente a la argumentación, y, por último, los que utilizan esas fuentes externas de manera adecuada mediante un método comparado que permite construir categorías, derechos y principios jurídicos<sup>16</sup>.

En el ámbito de los derechos humanos, la utilización del método comparado es fundamental para determinar la existencia de un diálogo judicial, en particular en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos<sup>17</sup>.

El término judicial *dialogue*, *stricto sensu*, es utilizado cada vez que, en una sentencia, se encuentran referencias a sentencias provenientes de un ordenamiento diverso de aquel en que opera un determinado juez y, por lo tanto, externo, respecto del ordenamiento en que la sentencia debe explicar su eficacia<sup>18</sup>.

En esta temática, la distinción entre influencia e interacción es muy útil. La primera es simplemente unidireccional, por su parte, la segunda implica una plausible reciprocidad, lo que un sector de la doctrina ha denominado *cross fertilization*. Por tanto, solo si estamos en presencia de interacción, parece sensato recurrir al tema de diálogo. Con base en ello, es indispensable la existencia como mínimo de dos actores que interactúen.

En esta materia, se debe distinguir entre el diálogo horizontal y vertical<sup>19</sup>. El primero se desarrolla entre órganos de un mismo nivel, en particular entre cortes o tribunales constitucionales o incluso

15 CAPELLETTI Mauro. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*, op. cit., pp. 16-21.

16 DE VERGOTTINI Giuseppe. (2010). *Oltre il dialogo tra le Corti*. Bologna: Ed. Il Mulino, p. 128 ss.

17 El derecho constitucional comparado resulta una especialización del derecho público comparado. Su presupuesto se sitúa y se amplía desde un concepto de «constitución» *latu sensu*, preñado de rasgos comúnmente aceptados. En PEGORARO Lucio. El método en el derecho constitucional: la perspectiva del derecho comparado. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 11, p. 16.

18 DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti*, p. 10.

19 Sobre el diálogo judicial o jurisprudencial en materia de derechos humanos se puede consultar. BAGNI Silvia, FIGUEROA MEJÍA Giovanni, PAVANI Giorgia (coordinadores). (2017). *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*. Tomo 2. Madrid: Ed. Tirant Lo Blanc. BRITTO MELGAREJO Rodrigo. (2012). *El diálogo entre tribunales constitucionales*. México: Ed. Porrúa. DE VERGOTTINI Giuseppe. (2010). *Oltre il dialogo tra le Corti*. Bologna: Ed. Il Mulino. GROOPI Tania, PONTTHOREAU M. CL. (Coord.).(2013). *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Ed. Hart Oxford, MIRANDA BONILLA Haideer. (2016). *Diálogo judicial interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad*. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, n.º 17. Bogotá, Colombia: Editorial Ediciones Nueva Jurídica.

cortes supremas,<sup>20</sup> quienes llevan a cabo a nivel nacional el control de constitucionalidad<sup>21</sup> o en el ámbito convencional entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el ámbito horizontal existe una relación de paridad y no de jerarquía entre jurisdicciones, siendo discrecional la utilización del derecho comparado<sup>22</sup>.

Por su parte, el diálogo vertical es aquel que se lleva a cabo en la relación entre cortes nacionales, internacionales o supranacionales y se puede realizar de arriba abajo o viceversa y es obligatorio hacerlo. En este ámbito, se estudia la relación que existe entre las cortes o tribunales constitucionales y los tribunales regionales de protección de los derechos humanos.

### 3. La Convención Americana de Derechos Humanos como un instrumento vivo

En sus primeras sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en adelante Corte IDH – ha resaltado que la Convención Americana no es un simple tratado internacional. En este sentido, en la Opinión Consultiva OC-2/82 determinó:

*[...] los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados*

*multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción<sup>23</sup>.*

*Posteriormente, las personas juzgadoras interamericanas han indicado:*

*La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas*

20 MIRANDA BONILLA Haideer. (Enero de 2017). La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional, pp. 257-284. En *Revista Judicial*, n.º 12. Corte Suprema de Justicia: San José, Costa Rica.

21 MIRANDA BONILLA Haideer. *Diálogo judicial interamericano: una visión teórico-práctica*, pp. 535-570. En MIRANDA BONILLA Haideer (coordinador). (2017). *Constitucionalismo costarricense*. Libro en homenaje al Prof. Rubén Hernández Valle. San José: Ed. Juricentro.

22 MIRANDA BONILLA Haideer. *Diálogo judicial interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad*, pp. 255 – 270.

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos – en adelante Corte IDH-. Opinión Consultiva OC- 2/82 del 24 de septiembre de 1982. “*El Efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”. Serie A, n.º 2, párr. 29.



*que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno*<sup>24</sup>.

En este sentido, la Convención Americana y demás instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad no son simples tratados internacionales de tipo tradicional, pues su finalidad es la tutela de los derechos fundamentales. Los tratados de derechos humanos son “instrumentos vivos”, y su interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>25</sup>.

#### **4. La utilización del derecho comparado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

En relación con esta temática, no encontramos en la Convención Americana, ni en el Estatuto, ni en el Reglamento de la Corte IDH norma que obligue o prohíba en el ejercicio de sus competencias la utilización de jurisprudencia extranjera, lo cual evidencia que la comparación jurídica tiene un carácter discrecional.

No obstante, desde su inicio de funciones, la Corte IDH, comúnmente denominada como la Corte de San José, tanto en el ejercicio de su función

consultiva como contenciosa, ha tenido una apertura a la utilización del derecho comparado, en particular en la citación y referencia de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos y de la Corte Internacional de Justicia, así como de órganos de justicia constitucional de América Latina y Europa. Ello evidencia cómo el juez interamericano ha tenido una gran apertura a la comparación jurídica, motivo por el cual se le puede definir haciendo alusión a la doctrina italiana, como un *giudice comparatista*<sup>26</sup>.

Al efectuar una interpretación evolutiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención Americana, la jurisdicción interamericana le ha otorgado especial relevancia al método comparado, razón por la cual ha utilizado la normativa nacional e internacional *soft y hard law*, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de Cortes, Salas y Tribunales Constitucionales para ampliar los alcances de lo dispuesto en la Convención América y demás instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad.

En efecto, los jueces interamericanos han considerado útil estudiar los otros sistemas regionales de derechos humanos con la finalidad de constatar similitudes o diferencias con el sistema interamericano, lo cual puede ayudar a determinar el alcance o sentido que se le ha dado a una norma similar o a detectar las particularidades del tratado.

24 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Competencia*. Sentencia del 24 de septiembre de 1999. Serie C, n.º 54, párr. 54. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Competencia*. Sentencia del 24 de septiembre de 1999. Serie C, n.º 55, párr. 41. *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares*. Sentencia del 1 de septiembre de 2001. Serie C n.º 82, párr. 85.

25 Corte IDH. *Caso de la masacre de mapiripán vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C, n.º 134, párr. 106. *Caso Atala Ríffo vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, n.º 219, párr. 83.

26 En sentido similar, el juez constitucional tiene esa característica, tal y como lo evidencia el reciente estudio de MIRANDA BONILLA Haideer y ULATE CHACÓN Enrique. *El juez constitucional como comparatista*. En Revista de Derecho Constitucional Comparado, número 2/2020, Ed. IJ Editores En <https://cr.ijeditores.com/index.php?option=publicaciones>

En la Opinión Consultiva sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, la Corte IDH comparó el artículo 13 de la Convención Americana, referente al derecho a la libertad de expresión, con el numeral 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En sentido similar, en el caso Atala Riffo analizó la diferencia entre los alcances de los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana y el numeral 8 del Convenio Europeo que tutela el derecho a la vida privada y familiar.

El presente estudio tiene como finalidad analizar únicamente la utilización del método comparado en el formante jurisprudencial; es decir, la utilización de la jurisprudencia extranjera de carácter constitucional y convencional por parte de la persona juzgadora interamericana.

En este sentido, una de las primeras resoluciones donde expresamente la Corte IDH recurre al método comparado es la Opinión Consultiva OC-2/1982 para reafirmar la tesis que a la fecha mantiene de que los tratados internacionales sobre derechos humanos no son tratados multilaterales de tipo tradicional, sino que tienen un carácter especial e hizo referencia a la resolución Austria vs. Italia, caso n.º 788/60 de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, así como el caso *Advisory*

*Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide de la Corte Internacional de Justicia.*

Posteriormente, en la Opinión Consultiva OC-4/1984, los jueces interamericanos hicieron referencia a la tesis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que definió basándose en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos que solo es discriminatoria una distinción cuando carece de una justificación objetiva y razonable<sup>27</sup>.

En este sentido, en el dictado de sus primeras opiniones consultivas, el sistema europeo fue punto de referencia para la Corte IDH<sup>28</sup>. Además, su primer reglamento fue copia del Reglamento TEDH de la época<sup>29</sup>.

Por otra parte, en sus primeras resoluciones en casos contenciosos, encontramos también referencia explícita a sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo cual se debe sin lugar a dudas a su juventud que, en calidad de jurisdicción de nueva formación, estaría mucho más inclinada a la apertura y comparación de una jurisprudencia proveniente de una jurisdicción más antigua e influyente<sup>30</sup>.

La utilización de jurisprudencia extranjera aumenta particularmente en las últimas décadas donde se amplía el espectro comparativo, pues

27 Corte IDH. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A n.º 2, párr. 54.

28 GARRO VARGAS Anamari. *La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 1147 - 1181. En FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (coordinadores). (2013). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Valencia: Ed. Editorial Tirant lo Blanch.

29 VENTURA ROBLES Manuel. (2003). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino a un tribunal permanente*, p. 111. En Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ed. Corte IDH – ACNUR, 2ª. edición, San José.

30 GROPPÍ Tania y LECIS COCCO-ORTU Anna Maria. *Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?*, p. 205.

encontramos referencia expresa a sentencias de cortes, salas y tribunales constitucionales, así como Corte Supremas de América Latina, en particular de la Corte Constitucional Colombiana, la Sala Constitucional de Corte Rica, la Corte Suprema de Argentina, la Suprema Corte de la Nación de México y el Tribunal Constitucional del Perú, en la motivación de las resoluciones de fondo y en algunos casos en notas separadas o en los votos particulares de algunos jueces<sup>31</sup>.

En esta temática, es de particular importancia la sentencia Almonacid y Arellano vs. Chile (2006), pues la jurisdicción interamericana se nutre de jurisprudencia de cortes, salas y tribunales constitucionales o de cortes supremas de la región, en particular de Argentina, Colombia, Costa Rica, México y Perú que venían desde tiempo atrás realizando un adecuado control de convencionalidad en sede nacional para formalizar esa figura y obligar a los demás Estados que han aceptado su competencia contenciosa a realizar un control difuso de convencionalidad fortaleciendo con ello el principio de subsidiaridad y el rol de que son los ordenamientos nacionales los primeros garantes en la protección de los derechos humanos.

Este instrumento perfeccionado en posteriores sentencias precisó que el control de convencionalidad en sede nacional tiene la siguientes características : a) debe ser realizado de oficio; b) por todas las autoridades nacionales y no únicamente las judiciales; c) en el marco de sus respectivas competencias; d) las sentencias de la jurisdicción interamericana en casos contenciosos tienen un efectos directo e indirecto; e) la opiniones consultivas son vinculantes<sup>32</sup>.

Por otra parte, en las sentencias Heliodoro Portugal vs. Panamá y Tiu Tojín vs. Guatemala, se hizo referencia a sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá y Perú para determinar la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada.

Además, en la sentencia Atala Riffo y Niñas vs. Chile utilizó pronunciamientos de cortes y tribunales constitucionales de la región y del Tribunal EDH para reconocer la orientación sexual como una categoría protegida por la Convención Americana.

## 5. La utilización de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y viceversa: el surgimiento de un diálogo judicial horizontal entre sistemas regionales de protección

El primer Sistema Regional de Protección de los Derechos Humanos surgió en Europa tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial con la promulgación de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950) que preveía la existencia de dos órganos: la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que funcionaron de forma complementaria hasta la entrada en vigor del Protocolo número 11, el 1 de noviembre en 1998, el cual suprimió la competencia de la primera y previó un acceso directo del individuo *ius standi* una vez que se hayan agotado los recursos internos.

31 MIRANDA BONILLA Haideer. (2015). *Derechos fundamentales en América Latina*. Colección Integración Regional y Derecho Comunitario. 4º volumen. San José: Ed. Jurídica Continental, pp. 272 – 276.

32 Sobre el control de convencionalidad, características, tipos se puede consultar: MIRANDA BONILLA Haideer. *El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. En Sant’Anna Legal Studies Stals Research Paper 4/2016 En <http://www.stals.sssup.it/files/haideer.pdf>

Le corresponde al Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante Tribunal EDH– en forma exclusiva determinar la responsabilidad internacional de un Estado miembro del Consejo de Europa por la violación de alguna disposición de la Convención Europea de Derechos Humanos y demás instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad. Tiene una competencia subsidiaria o complementaria motivo por el cual la víctima debe agotar los recursos internos que tiene a disposición en el ordenamiento nacional antes de acudir a su jurisdicción.

El Tribunal EDH se considera intérprete no solo de un simple tratado internacional, sino también ha calificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos como un “instrumento constitucional del orden público europeo”<sup>33</sup>. En este sentido, esta jurisdicción se ha definido como comparatista por excelencia en cuanto en su jurisprudencia utiliza, en la vía comparativa, el derecho de los Estados miembros<sup>34</sup> a fin de determinar si existe un estándar o indicadores comunes, supuesto no fácil si tomamos en cuenta que el Consejo de Europa está conformado por 47 miembros. En aquellos casos donde esto no es posible individualizar un estándar común admite el reconocimiento de un margen de apreciación nacional<sup>35</sup>.

La tradición jurídica de la jurisdicción convencional europea ha tenido una particular

influencia en la jurisprudencia de la Corte IDH desde el inicio de sus funciones consultivas y contenciosas, máxime que el actual Sistema Interamericano de Protección establecido en la Convención Americana en 1969 tuvo como fuente de inspiración la estructura del modelo convencional europeo, primer sistema regional de protección en el mundo. Nótese además como su primer reglamento fue copia del Reglamento TEDH de la época<sup>36</sup>.

En el ejercicio de su función consultiva, tal y como afirma en un interesante estudio realizado por la profesora GARRO VARGAS –actual jueza de la Sala Constitucional de Costa Rica– se evidencia cómo en el dictado de su primera opinión consultiva, el sistema europeo fue punto de referencia para la Corte IDH. De veinte opiniones consultivas dictadas en el 2009, solo siete no hacen mención de ese sistema. Pero en lo que se refiere específicamente a la jurisprudencia del TEDH, solo ocho hacen invocación expresa<sup>37</sup>.

Aunque el mayor número de sentencias invocadas se ha dado en las últimas opiniones consultivas, parece que acudir a la jurisprudencia del TEDH ha estado más determinado por el tema, la materia sobre la que versa la opinión. Sin embargo, es patente que la integración del órgano y la época de la resolución –considerando en esto también

33 Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia *Loisidou vs. Turquía* del 23 de marzo de 1995, párr. 75.

34 ROZAKIS Cristos. (2006). *Il giudice europeo come comparatista* (Corte Europea dei Diritti dell’Uomo), p. 460. En MARKESINIS Basil, FEDTKE Joerg. *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*. Bologna: Ed. Il Mulino,

35 GARCÍA ROCA Javier. (2010). *El margen de apreciación nacional en el Convenio Europea de Derechos Humanos*. Madrid: Ed. Civitas.

36 VENTURA ROBLES Manuel. (2003). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino a un Tribunal permanente*, p. 111. En Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José: Ed. Corte IDH – ACNUR, 2ª. edición.

37 GARRO VARGAS Anamari. *La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 1177.

el momento histórico institucional del sistema europeo- tienen su cuota de incidencia<sup>38</sup>.

Por su parte, en el ejercicio de su función contenciosa, una interesante y valiosa investigación realizada por las profesoras GROPPi y LECIS en relación con las citas explícitas de la Corte IDH de sentencias del Tribunal EDH y viceversa determinó que, entre 1987 y 2012 (hasta el 31 de agosto), la Corte IDH había emitido 246 decisiones en sede contenciosa, 59.8% de las cuales contienen algún tipo de cita de la jurisprudencia del TEDH o de su Comisión, para un total de 147 decisiones.

En el mismo lapso, el Tribunal EDH ha emitido, por su parte, 15 778 decisiones, pero solo en 48 de ellas (lo que equivale al 0.3% del total), es posible encontrar alguna referencia a resoluciones de la Corte o de la Comisión Interamericana. En dicho estudio, se determinó que las numerosas citas efectuadas por la Corte IDH de la jurisprudencia convencional europea son variadas: se va de la cita precisa y detallada, con varias referencias a decisiones individuales y la reproducción de párrafos enteros, a la cita genérica a la jurisprudencia europea, sin la indicación de los extremos de alguna decisión específica o con referencias puntuales solo en las notas a pie de página.

También esas citas vienen acompañadas frecuentemente de referencias a otras fuentes extrasistémicas, como, por ejemplo, pronunciamientos de otros órganos jurisdiccionales y cuasi - jurisdiccionales internacionales, pero también de jurisdicciones nacionales: la Corte IDH muestra, de hecho, una

extraordinaria inclinación a mirar más allá de sus propias fronteras regionales y, en consecuencia, a citar a cortes constitucionales o supremas de Estados no miembros de su sistema. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo goza indudablemente de una posición privilegiada respecto a otras fuentes externas<sup>39</sup>.

Entre las temáticas que ha influenciado el Tribunal EDH a la jurisprudencia interamericana en el ejercicio de su función contenciosa, se encuentran las garantías que informan el debido proceso, sobre todo en lo referente a la duración razonable del proceso, la imparcialidad de los jueces garantizada mediante procedimientos oportunos de nominación y el derecho del procesado a conocer los hechos por los cuales se encuentra vinculado al proceso<sup>40</sup>.

En relación con los elementos a tomar en cuenta para determinar la razonabilidad de un plazo en un proceso judicial, en la sentencia *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, los jueces y las juezas interamericanos determinaron:

*El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres*

38 GARRO VARGAS Anamari. *La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 1178.

39 GROPPi Tania y LECIS COCCO-ORTU Anna Maria. *Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?*, p. 215- 216.

40 GROPPi Tania y LECIS COCCO-ORTU Anna Maria. *Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?*, p. 216.

*elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales (Ver entre otros, Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A no. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain judgment of 23 June 1993, Series A no. 262, párr. 30)<sup>41</sup>.*

Ese criterio jurisprudencial donde se incorporó una tesis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se consolidó en la jurisprudencia interamericana y ha sido utilizado en numerosos casos<sup>42</sup>.

Por otra parte, recientes estudios evidencian que la relación entre la Corte IDH y el Tribunal EDH ya no es unidireccional, sino que existe una interacción e influencia recíproca<sup>43</sup>.

En este sentido, desde sus primeros años de funciones, la Corte de San José ha utilizado con bastante frecuencia sentencias de su homólogo el Tribunal EDH y, en sentido inverso, se constata cómo en los últimos años este utiliza con mayor frecuencia jurisprudencia interamericana.

La sentencia Akdivar and others vs. Turquía de la Gran Sala del Tribunal EDH del 16 de septiembre de 1996 es una de las primeras resoluciones en donde se cita una decisión de la Corte IDH, en particular, la sentencia Velásquez Rodríguez vs. Honduras en relación con el agotamiento de los recursos internos para que un caso sea admisible.

Posteriormente, en el caso Varnava y otros vs. Turquía del 18 de septiembre de 2009, el Tribunal EDH hace referencia a la jurisprudencia interamericana en relación con las desapariciones forzadas que le permitió entrar a examinar los alegatos de negación de justicia o protección judicial aun cuando la desaparición ocurriera antes del reconocimiento de su jurisdicción.

41 Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, n.º 30, párr. 70.

42 Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo*. Sentencia del 12 de noviembre de 1997. Serie C n.º 35, párr. 72. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 15 de julio de 2004. Serie C n.º 109, párr. 190. *Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Serie C, n.º 114, párr. 175. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 1 de marzo de 2005. Serie C n.º 120, párr. 67. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134, párr. 217. *Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 6 de abril de 2006. Serie C n.º 147, párr. 151. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia del 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148, párr. 298. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C n.º 149, párr. 196; *Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C, n.º 162, párr. 149. *Caso Escué Zapata vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C, n.º 165, párr. 102. *Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C, n.º 177, párr. 97. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción preliminar y fondo*. Sentencia del 6 de mayo de 2008. Serie C, n.º 179, párr. 78. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 5 de agosto de 2008. Serie C n.º 182, párr. 172. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Serie C, n.º 192, párr. 155. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 3 de abril de 2009 Serie C, n.º 196, párr. 112.

43 En particular, se pueden consultar los recientes estudios: GARCÍA ROCA Javier, CANOSA USERA Raúl, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio, SANTOLAYA MACHETTI Pablo. (coord.). (2012). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Madrid: Ed. Civitas. GROPPi Tania y LECIS COCCO-ORTU Anna Maria. (2014). Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?, pp. 185 - 229. En *Revista de Derecho Política*, n.º 91. Madrid: Ed. UNED.

En este sentido, la jurisdicción convencional europea comienza a su vez a mirar a la jurisprudencia interamericana en materia de prohibición de tratos inhumanos y degradantes y de otras violaciones graves cuando, a partir de los años noventa, se encuentra con más frecuencia frente a recursos que tienen por objeto violaciones sistemáticas, como detenciones arbitrarias, ejecuciones ilegales y desapariciones forzadas, tratos inhumanos y degradantes y otras violaciones graves, especialmente en casos contra Rusia o Turquía<sup>44</sup>.

## 6. La utilización de jurisprudencia de cortes, salas y tribunales constitucionales, así como de Corte Supremas de América Latina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el presente *apéndice*, se analiza cómo la Corte IDH utiliza cada vez con mayor frecuencia, el método comparado en la resolución de casos complejos, en donde hace referencia a sentencias de órganos de justicia constitucional de América Latina, en particular la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, la Corte Suprema argentina, el Tribunal Constitucional del Perú, la Sala Constitucional de Costa Rica y la Suprema Corte de la nación de México, entre otras<sup>45</sup>.

En tal sentido, se han escogido cuatro sentencias emblemáticas emitidas recientemente por la jurisdicción interamericana en donde se evidencia que la jurisprudencia de órganos de justicia constitucional de la región tuvo peso importante en la *ratio decidendi*.

### 6.1. La sentencia Almonacid Arellano y la formalización del control de convencionalidad en sede nacional

En la sentencia Almonacid Arellano vs. Chile<sup>46</sup>, la Corte IDH reconoció por primera vez la doctrina del control de convencionalidad en sede nacional, a pesar de que con anterioridad algunos jueces en sus votos particulares habían destacado su importancia<sup>47</sup>. En la formalización y posterior perfeccionamiento de este instituto vía jurisprudencial, se recurrió al método comparado, en particular a la utilización de la jurisprudencia constitucional.

Al respecto, los jueces interamericanos resaltaron cómo, desde hace varios años, algunos órganos de justicia constitucional de la región vienen realizando un adecuado control difuso de convencionalidad, a fin de lograr la compatibilidad de la normativa nacional con el parámetro de convencionalidad, tal y como lo dispone el artículo 2 de la Convención Americana que obliga adaptar las disposiciones de derecho interno. Posteriormente, las características que informan el control de convencionalidad en sede

44 GROPPi Tania y LECIS COCCO-ORTU Anna María. Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?, pp. 221 y 227.

45 ÁLVAREZ TOLEDO. Daniel. (2017). *El diálogo judicial y su influencia en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la nación de México*, p. 613 – 448. En BAGNI Silvia, FIGUEROA MEJÍA Giovanni, PAVANI Giorgia (coordinadores). *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a lucio pegoararo*. Tomos I, II y III, Madrid: Ed. Tirant Lo Blanc.

46 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C, n.º 154.

47 Corte IDH. Votos particulares de García Ramírez Sergio en los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C, n.º 101, párr. 27 y *Tibi vs. Ecuador*. Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C, N.º 114, párr. 3. Asimismo, cabe mencionar el voto particular del juez Antônio Cançado Trindade en la sentencia de interpretación del caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, sentencia del 30 de noviembre de 2007. Serie C n.º 174, párr. 6.

nacional fueron perfeccionadas por la Corte IDH en posteriores sentencias como trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú; Heliodoro Portugal vs. Panamá; La Cantuta vs. Perú; Radilla Pacheco vs. México; Cabrera García y Montiel Flores vs. México, así como Furlán vs. Argentina en donde se indicó:

*[...] tribunales de la más alta jerarquía en la región, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de la Nación de México y la Corte Suprema de Panamá se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana*<sup>48</sup>.

Lo anterior demuestra cómo diversas cortes, salas y tribunales constitucionales, así como cortes supremas de la región desde tiempo atrás venían ejerciendo un adecuado y efectivo control de convencionalidad, al conceder un valor privilegiado en la jerarquía de las fuentes a la Convención Americana, concederles un valor vinculante a las opiniones consultivas o utilizar en sus resoluciones jurisprudencia de la Corte IDH, incluso para estimar un recurso de amparo

o *habeas corpus*, así como para declarar la inconstitucionalidad de normativa interna, claro ejemplo del proceso de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos<sup>49</sup>.

Por su parte, la formalización del control de convencionalidad por la Corte de San José se convierte en un ejemplo del fenómeno inverso; es decir, del proceso de internacionalización del derecho constitucional<sup>50</sup>.

## 6.2. La sentencia Atala Riffo

En la sentencia Atala Riffo vs. Chile del 17 de marzo del 2012<sup>51</sup>, la Corte IDH llevó a cabo un radical *revirement* en la tutela del derecho a la vida privada y familiar en relación con la prohibición de la discriminación, reconociendo, por primera vez, la orientación sexual convencional como un “nuevo derecho convencional”, cuya tutela se deriva del artículo 1.1. de la Convención Americana<sup>52</sup>.

El aspecto más significativo de la decisión es que ese reconocimiento se llevó a cabo tomando una pluralidad de fuentes normativas y jurisprudenciales, como las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal del 21 de marzo de 2000 y Clif vs. Reino Unido del 13 julio de 2010, así como las resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia y de la Suprema Corte de la Nación de México, en tema de tutela

48 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 31 de agosto de 2012. Serie C n.º 246, párrafo 304.

49 ALBANESE Susana. (2008). *La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional*, p. 15. En ALBANESE Susana (coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ed. Ediar.

50 MIRANDA BONILLA Haideer. *Derechos fundamentales en América Latina*, p. 124.

51 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, n.º 239.

52 MIRANDA BONILLA Haideer. (2019). *Los nuevos derechos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 265 – 288. En MIRANDA BONILLA Haideer y PAZ Martha Cecilia (coordinadores). *Constitucionalismo y NUEVOS DERECHOS*. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, n.º 38. Bogotá: Ed. Nueva Jurídica.



de derechos fundamentales y discriminación en razón de sexo.

El caso que llegó a conocimiento de la Corte IDH tuvo su origen en un proceso judicial interno, en el que estaba en juego la custodia de tres menores: el padre sostenía que las custodia de sus hijas tenía que serle otorgada a él y no a su exesposa, la señora Atala Riffo, en virtud de que esta mantenía una relación con una persona del mismo sexo, situación que les produciría daños a las tres menores.

Los jueces interamericanos fundamentan la sentencia condenatoria en dos pasajes argumentativos, entre ellos relacionados y de gran interés. En primer plano, la sentencia reconoce por primera vez que la orientación sexual y la identidad de género son dos categorías tuteladas por el artículo 1.1 de la Convención Americana, según el cual:

*los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

El derecho al respeto de la orientación sexual encuentra tutela en la expresión “*cualquier otra condición sexual*”, cláusula que fue interpretada por los jueces interamericanos en la perspectiva más favorable a la persona, tal y como lo prevé el artículo 29 de la Convención Americana y

teniendo en cuenta la evolución de los tiempos y la condición de vida actual.

De modo particular, la sentencia determina que el artículo 1.1 establece una obligación general de la que se infiere el deber de los Estados de respetar y garantizar la no discriminación de los derechos contenidos en la Convención Americana. El artículo 24 del texto en cuestión se relaciona con el derecho a la igual protección ante la ley<sup>53</sup>. Por este motivo, ningún procedimiento judicial, ni norma o decisión de autoridad estatal o privada pueden disminuir o restringir, en algún modo, los derechos de una persona en razón de su orientación sexual.

En el presente caso, se constató que los argumentos y el lenguaje utilizados en las resoluciones del Tribunal de Menores de Villarrica y de la Corte Suprema de Justicia le dieron una relevancia significativa a la orientación sexual de la señora Atala Riffo<sup>54</sup>. Por la similitud de los hechos, los jueces y las juezas interamericanos hicieron referencia a la sentencia *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, donde la Corte Europea de Derechos Humanos concluyó que la orientación sexual era un concepto cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo.

Asimismo, en la motivación, se hizo referencia a las sentencias C-481-1998, C-507-1999 y C-373-2002, en donde la Corte Constitucional Colombiana determinó que la orientación sexual de una persona no podía ser un motivo válido para vulnerar derechos fundamentales. En particular, en la sentencia C-507, se declaró inconstitucional una norma que establecía como falta disciplinaria el homosexualismo en las fuerzas militares. Por su parte, la sentencia C-373 declaró inconstitucional una norma que disponía como causal de

53 Corte IDH. *Caso Atala Riffo vs. Chile*, párr. 82.

54 Corte IDH. *Caso Atala Riffo vs. Chile*, párrs. 96 – 98.

inhabilitación para ejercer el cargo de notario, el haber sido sancionado disciplinariamente por la falta de homosexualismo.

Por otra parte, la Corte IDH señaló que el principio del interés superior del niño reconocido en el artículo 19 de la Convención Americana no podía ser utilizado “para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia”<sup>55</sup>.

Con ello, la determinación del interés del menor en los casos de cura o custodia debería depender de una evaluación de carácter técnico y no de perjuicios de carácter subjetivo<sup>56</sup>. En este sentido, hizo referencia a la acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010 del 16 de agosto de 2010 en donde la Suprema Corte de la Nación de México consideró que en modo alguno no podía sostenerse la hipótesis general de una afectación negativa del desarrollo de los menores de edad que convivían con padres homosexuales<sup>57</sup>.

En el caso en concreto, no se pudo demostrar que la orientación sexual de la señora Atala Riffo haya causado graves daños a sus tres hijas, motivo por el cual no era razonable exigirle cambiar su proyecto de vida. Con fundamento en lo anterior, el Estado fue condenado por la violación al principio de igualdad y de no discriminación sobre la base de la orientación sexual, así como por la violación del artículo 19 de la Convención Americana que tutela el interés superior de la persona menor.

El segundo argumento que analizó la sentencia interamericana fue el derecho a la vida privada y familiar reconocidos en los artículos 11.2 y 17 de la Convención Americana.

Estos derechos se relacionan entre ellos, en el tanto los Estados no solo tienen el deber de establecer medidas para tutelar los menores, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

En su motivación, la Corte IDH determinó que la Convención Americana no hacía referencia a un concepto cerrado de familia, ni protegía el modelo tradicional. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio<sup>58</sup>. Por ello, en el caso en concreto, se acreditó una interferencia en el derecho a la vida privada y familiar de la recurrente, pues en las resoluciones de custodia, los jueces nacionales tomaron en cuenta un aspecto tan irrelevante como su orientación sexual.

### 6.3. La sentencia Artavia Murillo

En la sentencia Artavia Murillo y otros del 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana determinó que la prohibición de la fecundación *in vitro* vulneró el derecho a la vida privada, a la integridad y a la autonomía personal y el derecho a formar una familia, reconocidos en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, en relación con lo dispuesto en el numeral 1.1, el cual obliga a los Estados que la han suscrito a

55 Corte IDH. *Caso Atala Riffo vs. Chile*, párr. 110.

56 Corte IDH. *Caso Atala Riffo vs. Chile*, párr. 126.

57 Corte IDH. *Caso Atala Riffo vs. Chile*, párr. 126.

58 Corte IDH. *Caso Atala Riffo vs. Chile*, párr. 142.

respetar los derechos fundamentales reconocidos en ella<sup>59</sup>.

El aspecto más significativo de la decisión en cuestión se encuentra en el hecho de que los jueces tomaron en cuenta una pluralidad de fuentes normativas y formantes jurisprudenciales, entre las cuales, se hallan diversas sentencias del Tribunal EDH, así como decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán, del Tribunal Constitucional español, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, así como de Argentina y de México. En la motivación de la sentencia se hace además referencia a diferentes actos adoptados por las Naciones Unidas, en particular a decisiones del Comité de Derechos Humanos.

En el presente caso, los jueces de la Corte IDH determinaron que la sentencia de la Sala Constitucional n.º 2306 del 15 marzo 2000 que declaró la inconstitucionalidad del derecho legislativo n.º 24029-S, el cual permitía la utilización de la técnica de la fecundación *in vitro*, generó la interrupción del tratamiento médico que algunas de las presuntas víctimas del presente caso habían iniciado, mientras que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV.

Estos hechos constituyen una interferencia en la vida privada y familiar de las presuntas víctimas, quienes debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o una hija biológicos.

La Corte precisa que la injerencia en el presente caso no se encuentra relacionada con el hecho de que las familias hayan podido tener hijos e hijas

o no, pues aun si hubieran podido acceder a la técnica de la FIV, no es posible determinar si dicho objetivo se hubiera podido alcanzar, por lo que la injerencia se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos<sup>60</sup>.

La sentencia es particularmente interesante en virtud de que por primera vez, la Corte IDH, para decidir un caso, tuvo que realizar una interpretación auténtica del artículo 4 de la Convención Americana que tutela el derecho a la vida, en virtud de que uno de los argumentos presentes en la motivación de la sentencia de la Sala Constitucional consistía en reconocer al embrión como persona y, por lo tanto, la pérdida de embriones en el proceso de la fecundación *in vitro* conllevaría una violación al derecho a la vida. La Corte IDH determinó la importancia de la interpretación evolutiva del texto de la Convención Americana, entendido como un «instrumento vivo» sujeto a las evoluciones y a los cambios de las condiciones de vida.

Con este tipo de interpretación, sobre todo en los últimos años, la Corte de San José ha dado particular importancia al derecho comparado haciendo referencia a la jurisprudencia de jurisdicciones nacionales, en particular modo de tribunales constitucionales o cortes supremas de la región, efectuando así, un reconocimiento de las tradiciones constitucionales comunes de los diferentes Estados miembros del sistema, a fin de analizar y resolver casos controversiales.

La confirmación de esta tendencia evolutiva se evidencia en la sentencia *Artavia Murillo*, en donde la Corte IDH hizo referencia a la Convención de Oviedo (para la protección de

59 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 28 de noviembre de 2012, Serie C, n.º 257.

60 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*, párr. 161.

los derechos del hombre y de la dignidad del ser humano en los casos relacionados con la aplicación de la biología y la medicina), así como referencia a las motivaciones del caso *Oliver Brüstle vs. Greenpeace* de la Corte di Justicia de la Unión Europea y a las sentencias *Costa, Pavan vs. Italia* y *S. H. vs. Austria* de la Corte Europea de Derechos Humanos que revelan cómo las tendencias normativas y jurisprudenciales en el derecho internacional no llevan a considerar que el embrión sea equivalente a una persona y, por lo tanto, titular a un derecho a la vida<sup>61</sup>.

Por otra parte, la Corte de San José hizo referencia a sentencias del Tribunal Constitucional alemán y español, así como de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Suprema Corte de Argentina y México en:

*los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero donde se diferencia dicho interés, de la titularidad del derecho a la vida, recalando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre.*<sup>62</sup> [En mérito a la pérdida de embriones, la sentencia estableció que] no le corresponde a la Corte determinar cuál teoría científica debe prevalecer en este tema ni corresponde analizar a profundidad cuál perito tiene la razón en estos temas ajenos a la experticia de la Corte. Para el Tribunal es suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente es concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como

*en el marco de la FIV existe pérdida de embriones*<sup>63</sup>.

Además contribuye a reforzar la decisión en el sentido de que Costa Rica era el único país de América Latina que prohibía la fecundación *in vitro*, pues si, bien en los otros ordenamientos no encontraba una precisa reglamentación jurídica, era permitida.

#### **6.4. La sentencia Poblete Vilches y el reconocimiento del derecho a la salud de las personas ancianas**

En la presente resolución, la Corte IDH se pronunció por primera vez de manera autónoma y específica sobre el derecho a la salud de una persona adulta mayor<sup>64</sup>. En la motivación de la sentencia, los jueces y las juezas interamericanos indicaron: “*las decisiones de altas cortes de algunos Estados de la región han desarrollado la tutela de los derechos de las personas mayores en materia interna, destacando la necesidad de brindar una protección especial para el adulto mayor*”.

En particular, en la motivación, se hizo referencia como nota al pie de página<sup>65</sup> a las sentencias números 2015-17512, 2015-2392 y 2015-18610 emitidas por la Sala Constitucional en donde se mencionaba la especial protección que las personas ancianas tenían a fin de que las autoridades estatales garantizaran de forma efectiva su derecho a la salud, para lo cual debían suministrar medicamentos, tratamientos médicos o realizar cirugías o procedimientos médicos en

61 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*, párr. 253.

62 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*, párr. 263.

63 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*, párr. párr. 309.

64 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 8 de marzo de 2018. Serie C n.º 349.

65 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, párr. 129.

aquellos supuestos en que lo ordenara su médico tratante<sup>66</sup>.

Asimismo, sobre esa especial protección, se hizo referencia a las sentencias T-149/02, T-348/09, T-56/15, T-025/16, T-010/17 y T-716/2017, así como a la resolución del 16 de mayo de 2006 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y a la sentencia en el amparo directo en revisión 1399/2013 y en la tesis CXXXIV/2016 del 1 de abril del 2016 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

En la motivación de la sentencia, la Corte IDH determinó que el Estado no garantizó al tutelado, quién era una persona anciana, su derecho a la salud, mediante servicios sanitarios necesarios y urgentes en relación con su situación especial de vulnerabilidad. Por este motivo, el Estado vulneró el derecho a la salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con su artículo 1.1.

## 7. El juez interamericano como giudice comparatista

En la Convención Americana, en el estatuto, ni en el Reglamento de la Corte IDH, no existe norma que obligue o prohíba en el ejercicio de sus competencias la utilización de jurisprudencia

extranjera, lo cual evidencia que su utilización tiene un carácter meramente discrecional.

No obstante, desde su inicio de funciones, tanto en el ejercicio de su función consultiva como contenciosa, la Corte de San José ha tenido una apertura a la utilización del derecho comparado, en particular en la citación y referencia de sentencias de la Corte Internacional de Justicia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos y, más recientemente, de órganos de justicia constitucional de la región.

En este sentido, al efectuar una interpretación evolutiva, la Corte IDH le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional<sup>67</sup> o jurisprudencia de cortes o tribunales constitucionales<sup>68</sup> a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos.

La Corte IDH muestra una extraordinaria inclinación a mirar más allá de sus propias fronteras regionales y, en consecuencia, a citar a las cortes constitucionales o supremas de Estados no miembros de su sistema<sup>69</sup>. Esto evidencia cómo la persona juzgadora interamericana ha tenido una gran apertura a la comparación jurídica de normativa y jurisprudencia constitucional y convencional extranjera, motivo por el cual se

66 Sobre la protección de las personas adultas mayores en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, se puede consultar MIRANDA BONILLA Haideer. La protección de los adultos mayores en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica. En *Revista Ius Doctrina*, volumen 10, n.º 1, 2017. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. En <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/29593>

67 En el caso *Kawas Fernández vs. Honduras* tuvo en cuenta para su análisis que un número considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano.

68 En los casos *Heliodoro Portugal vs. Panamá* y *Tiu Tojin vs. Guatemala*, la Corte tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en el Caso *Anzualdo Castro vs. Perú*, la Corte utilizó pronunciamientos de tribunales constitucionales de países americanos para apoyar la delimitación que ha realizado al concepto de desaparición forzada.

69 GROPPÍ Tania y LECIS COCCO-ORTU Anna Maria. *Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?*, p. 216.

le puede definir haciendo alusión a la doctrina italiana, como un *giudice comparatista*.

## 8. Conclusiones

El presente estudio evidencia cómo, desde sus primeras sentencias emitidas en el ejercicio de sus funciones consultiva y contenciosa, la Corte IDH ha tenido una apertura al derecho comparado, en particular, en la citación y referencia de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Lo anterior se debió en primer lugar a que el actual Sistema Interamericano de Protección formalizado en la Convención Americana en 1969 tuvo como fuente de inspiración la estructura del modelo convencional europeo de ese entonces, primer sistema regional de protección. Nótese cómo su primer reglamento fue copia del Reglamento TEDH de la época<sup>70</sup>. En segundo lugar, en calidad de jurisdicción de nueva formación, su juventud estaría mucho más inclinada a la apertura y comparación de una jurisprudencia proveniente de una jurisdicción más antigua e influyente<sup>71</sup>.

Por otra parte, a partir de los años noventa, el Tribunal EDH ha utilizado jurisprudencia interamericana en materia de prohibición de tratos inhumanos y degradantes, desaparición forzada de personas y de otras violaciones graves de derechos humanos<sup>72</sup>. Lo anterior evidencia el surgimiento de un diálogo judicial *horizontal* entre sistemas regionales de protección que viene

a enriquecer la jurisprudencia en materia de derechos humanos.

Además, en la últimas décadas, la Corte IDH amplía el espectro comparativo, pues encontramos referencia expresa a sentencias de cortes, salas y tribunales constitucionales, así como Corte Supremas de América Latina, en particular de la Corte Constitucional colombiana, la Sala Constitucional de Corte Rica, el Tribunal Constitucional de Ecuador, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Argentina, la Suprema Corte de la Nación de México y el Tribunal Constitucional del Perú, en la motivación de las resoluciones de fondo y, en algunos casos, en notas separadas o en los votos particulares.

En este sentido, la utilización de jurisprudencia de cortes, salas y tribunales constitucionales, así como de cortes supremas de la región tuvo un peso importante en la formalización y perfeccionamiento del control difuso de convencionalidad, así como en el reconocimiento de una serie de nuevos derechos como la orientación sexual, la fecundación *in vitro* y el derecho a la salud de las personas ancianas.

En sentido inverso, se constata la apertura de cortes y tribunales constitucionales, así como de cortes supremas de la región en utilizar directamente la Convención Americana o jurisprudencia de la Corte IDH para declarar incluso la inconstitucionalidad de la normativa interna. Ello evidencia la existencia de una diálogo

70 VENTURA ROBLES Manuel. (2003). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino a un tribunal permanente*, p. 111. En Corte Interamericana de Derechos Humanos. El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José: Ed. Corte IDH – ACNUR, 2<sup>da</sup>. edición.

71 GROPPi Tania y LECIS COCCO-ORTU Anna Maria. *Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?*, p. 205.

72 GROPPi Tania y LECIS COCCO-ORTU Anna Maria. *Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?*, pp. 221 y 227.

judicial *vertical* en materia de derechos humanos fundamental para la creación y consolidación de un patrimonio constitucional interamericano<sup>73</sup>.

Así se constata cómo el juez y la jueza interamericanos han tenido desde siempre una gran apertura a la comparación jurídica normativa y jurisprudencial no solo de su homólogo el Tribunal EDH, sino también de resoluciones de cortes, salas y tribunales constitucionales, así como de cortes supremas, motivo por el cual se le puede definir haciendo alusión a la doctrina italiana, como un *giudice comparatista*<sup>74</sup>.

## 9. Bibliografía

ALBANESE Susana. (2008). El control de convencionalidad. Buenos Aires: Ed. Ediar.

ÁLVAREZ TOLEDO. Daniel. (2017). El diálogo judicial y su influencia en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la nación de México, p. 613 – 448. En BAGNI Silvia, FIGUEROA MEJÍA Giovanni, PAVANI Giorgia (coordinadores). La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro. Tomos I, II y III, Madrid: Ed. Tirant Lo Blanc.

BAGNI Silvia, FIGUEROA MEJÍA Giovanni, PAVANI Giorgia (coordinadores). (2017). La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro. Tomos I, II y III. Madrid: Ed. Tirant Lo Blanc.

CAPPELLETTI, Mauro. (1998). Dimensioni della giustizia nella società contemporanea. Ed. Il Mulino.

CARROZZA Paolo, DI GIOVINE Alfonso, FERRARI Giuseppe. (2014). Diritto Costituzionale Comparado. Bari: Ed. Laterza.

DE VERGOTTINI Giuseppe. (2010). Oltre il dialogo tra le Corti. Bologna: Ed. Il Mulino.

DE VERGOTTINI Giuseppe. (2013). Diritto costituzionale comparato. Milán: Ed. CEDAM.

GARCÍA ROCA Javier. (2010). El margen de apreciación nacional en el Convenio Europea de Derechos Humanos. Madrid: Ed. Civitas.

GARCÍA ROCA Javier, CANOSA USERA Raúl, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio, SANTOLAYA MACHETTI Pablo. (coord.). (2012). El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos. Madrid: Ed. Civitas.

GROPPI Tania y LECIS COCCO-ORTU Anna Maria. (2014). Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?, p. 188. En Revista de Derecho Política. N.º 91, Madrid: Ed. UNED.

MIRANDABONILLA Haideer. (2015). Derechos fundamentales en América Latina. Colección Integración Regional y Derecho Comunitario. 4to volumen. San José: Ed. Jurídica Continental.

MIRANDA BONILLA Haideer. (2016). Diálogo judicial interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, n.º 17. Bogotá, Colombia: Editorial Ediciones Nueva Jurídica.

73 ULATE CHACÓN Enrique (coordinador). (2015). *Del patrimonio constitucional centroamericano al derecho constitucional centroamericano –Estudios de Derecho Comparado–*. San José: Ed. Insolma.

74 MIRANDABONILLA Haideer y ULATE CHACÓN Enrique. *El juez constitucional como comparatista*. En Revista de Derecho Constitucional Comparado, número 2/2020, Ed. IJ Editores. En <https://cr.ijeditores.com/index.php?option=publicaciones>

MIRANDA BONILLA Haideer. La influencia del derecho comparado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, p. 1125 – 1158. En BAGNI Silvia, FIGUEROA MEJÍA Giovanni, PAVANI Giorgia (coordinadores). (2017). La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro. Tomo 2. Madrid: Ed. Tirant Lo Blanc.

MIRANDA BONILLA Haideer. Diálogo judicial interamericano: una visión teórico-práctica, pp. 535-570. En MIRANDA BONILLA Haideer (coordinador). (2017). Constitucionalismo Costarricense. Libro en homenaje al Prof. Rubén Hernández Valle. San José: Ed. Juricentro.

MIRANDA BONILLA Haideer. (2019). Los nuevos derechos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 265 – 288. En MIRANDA BONILLA Haideer y PAZ Martha Cecilia (coordinadores). Constitucionalismo y NUEVOS DERECHOS. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, n.º 38. Bogotá: Ed. Nueva Jurídica.

MIRANDA BONILLA Haideer y ULATE CHACÓN Enrique. El juez constitucional como comparatista. En Revista de Derecho Constitucional Comparado, número 2/2020, Ed. IJ Editores En <https://cr.ijeditores.com/index.php?option=publicaciones>

PEGORARO Lucio. (2013). Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici. Milán: Ed. CEDAM.

PEGORARO Lucio. (2015). Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi. Torino: Ed. Giappichelli.

PEGORARO Lucio. El método en el derecho constitucional: la perspectiva del derecho comparado. Revista de Estudios Políticos, n.º 11.

ROZAKIS Cristos. (2006). Il giudice europeo come comparatista (Corte Europea dei Diritti dell’Uomo), p. 460. En MARKESINIS Basil, FEDTKE Joerg. Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato. Bologna: Ed. Il Mulino.

PIZZORUSSO Alessandro. (1998). Sistemi giuridici comparati. Milán: Ed. Giuffré.

SACCO, Rodolfo. (1994). Trattato di Diritto Comparato. Introduzione al Diritto Comparato. Torino, UTET, 5ª. Ed.

VENTURA ROBLES Manuel. (2003). La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino a un tribunal permanente, p. 111. En Corte Interamericana de Derechos Humanos. El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ed. Corte IDH – ACNUR, 2ª. edición, San José.

ZAGREBELSKY Gustavo. (2005). Principi e voti. La Corte Costituzionale e la politica, p. 11. Torino: Ed. Einaudi.

## **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

### **Opiniones Consultivas**

Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. “El Efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Serie A. No. 2.

Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización” Serie A No. 4.

### **Casos Contenciosos**

Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, n.º. 30.



Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Competencia. Sentencia del 24 de septiembre de 1999. Serie C, n.º 54.

Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Competencia. Sentencia del 24 de septiembre de 1999. Serie C, n.º 55.

Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago. Excepciones Preliminares. Sentencia del 1 de septiembre de 2001. Serie C n.º 82.

Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C, n.º 101.

Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C, N.º 114.

Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C, n.º 134.

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C, n.º 154.

Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, sentencia del 30 de noviembre de 2007. Serie C n.º 174.

Caso Atala Riffo vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, n.º 219.

Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2012. Serie C n.º 246.

Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2012, Serie C, n.º 257.



---

# *Informe Tentativas de femicidio*

---

[Volver al índice](#)



# **ESTUDIO DESCRIPTIVO DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA POR EL DELITO DE TENTATIVA DE FEMICIDIO EN EL MARCO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE PENALIZACIÓN DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES.**

M.Sc. Xinia Fernández Vargas

## I. ANTECEDENTES

### 1.1 SOLICITUD ANTE EL CONSEJO SUPERIOR

Mediante acuerdo tomado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en la sesión 108-18 celebrada el 13 de diciembre de 2018, artículo LXI (comunicado mediante oficio # 13176 del 17 de diciembre 2018) se trasladó a la señora Nacira Valverde Bermúdez, Directora de Planificación, la solicitud realizada por Xinia Fernández Vargas para que se autorice la “clonación” de una plaza para realizar el estudio de expedientes de tentativas de femicidio. Se transcribe lo señalado en el comunicado:

“En relación con lo anterior, la máster Xinia Fernández Vargas, Jefa interina de la Secretaría Técnica de Género y Acceso a la Justicia, mediante oficio 0388-STGAJ-2018 de 28 de noviembre de 2018, indicó lo siguiente:

“Reciban un atento saludo. Como es de su conocimiento, desde el 2007 Costa Rica cuenta con una Ley especial (“Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres” (LPVcM)) para atender, investigar y sancionar los delitos que se cometen en su contra en el marco de sus relaciones de pareja, sean estas mediadas por el matrimonio o la unión. Si bien la Ley contiene varios tipos penales, ha sido el femicidio - por la gravedad e irreversibilidad del acto cometido- el delito que de mayor forma acapara la atención de las instituciones y de la Prensa.

Desde que entró a regir la LPVcM tuvo el Poder Judicial la posibilidad de registrar los crímenes violentos que se cometen contra las mujeres, tanto en el marco de las relaciones de pareja (artículo 21 de la Ley), como en otros escenarios donde tales asesinatos se dieron por la condición de género de la víctima (femicidio ampliado).

Respecto a los femicidios, se han realizado informes donde se detallan las características de las víctimas y de los victimarios con el afán de contar con mayor información, se han hecho rutas críticas y recientemente un dictamen social forense. El propósito siempre ha sido contar con mayor información que permita orientar a las instituciones e identificar las posibles omisiones que se dieron en la atención y la valoración del riesgo en que se encontraban las víctimas, lamentablemente en estos casos, análisis que se hacen cuando ya se ha perdido la vida de estas mujeres.

En cuanto a las tentativas de femicidio, hay un vacío de información, pues no se cuenta con ninguna investigación que, al menos, haga una descripción de las características de estas víctimas.

Respecto a las primeras, contar con tal información permitiría dirigir de mejor forma los procesos de atención y acompañamiento no solo sobre el proceso judicial sino también que permitiría a otras instituciones identificarlas con mayor claridad y dirigir a ellas y sus hijas e hijos, un mejor apoyo. Está claro que las mujeres que han sufrido una tentativa de femicidio sobrevivieron por razones que se desconocen, pero fue la intención del agresor acabar con sus vidas.

Se presenta a continuación los datos disponibles en nuestra institución sobre denuncias interpuestas del 2010 al 2017:

Denuncias netas interpuestas ante el Ministerio Público por el delito de tentativa de femicidio. 2010-2017.

Año	Femicidio art.21	Tentativa femicidio
2010	10	14
2011	12	47
2012	4	95
2013	7	64
2014	6	47
2015	9	85
2016	11	83
2017	14	113* dato del MP
Al 20 nov 2018	14	71(junio 2018)
Total	87	619

**Fuente:** Subproceso de Estadísticas, Dirección de Planificación, Observatorio de Violencia de Género contra las Mujeres y Acceso a la Justicia y Ministerio Público.


Los datos reflejados en el cuadro anterior dan cuenta de la magnitud y la gravedad de la situación planteada, en donde se nota que las tentativas superan casi doce veces los femicidios ocurridos en el periodo en mención. Desde hace varios años se ha venido insistiendo sobre la necesidad de aportar, desde la información con que cuenta el Poder Judicial y particularmente la Fiscalía, un estudio descriptivo de las víctimas de este delito para los propósitos señalados en párrafos anteriores.

Con ese interés, la suscrita planteó a la Licda. María Gabriela Alfaro Zúñiga, Fiscalía Adjunta de Asuntos de Género una propuesta de investigación sobre expedientes de tentativas de femicidio del 2017 y el ofrecimiento de que, si eso fuera posible, personalmente, me comprometía a hacer la búsqueda de los datos señalados en el tanto la Fiscalía me facilitara los expedientes. Según me indicó la Licda. Alfaro, no es posible que personas que no son parte del proceso tuvieran acceso a los expedientes, aún y cuando se trate de asuntos concluidos. Igualmente, se consultó con la Fiscalía General sobre la propuesta que le remití quien, según me dice, manifestó su anuencia para que se realice la investigación, no obstante, aseguró que, por las cargas de trabajo no sería posible hacerlo con el personal disponible y solicita a esta Secretaría gestionar un permiso para destinar a una persona para que realice la tarea.

Por las razones anteriores y vistos los compromisos que asumió el Poder Judicial en el Plan de acción derivado del Decreto emitido por el Presidente de la República el 14 de agosto pasado, donde se declara emergencia nacional la violencia contra las mujeres, los compromisos que tiene la institución en la “Política Nacional para la atención y la prevención de la violencia contra las mujeres de todas las edades 2017-2032”, las que se suman a las convenciones internacionales de derechos de las mujeres; es que solicito por este medio al Consejo Superior, autorice al Ministerio Público la clonación de una plaza bajo el artículo 44 de la Ley Orgánica para que a destine una plaza, por un periodo de tres meses improrrogables, para que recopile la información de los expedientes de tentativas de femicidio de 2016 a 2018. (Tres años).

Tengo total claridad de las limitaciones presupuestarias de la institución, pero considerando lo relevante de contar con la información que señalo y de todas las situaciones de violencia femicida sucedidas en lo que va del año, de la priorización que por primera vez da el Estado costarricense a este flagelo, es que hago la solicitud pues no tenemos otra alternativa para obtener la información.

Una vez que la fiscalía remita los datos, me comprometo a hacer el análisis y elaborar un informe que se compartirá con las instancias internas que tienen relación directa con la atención de estas víctimas y con el INAMU.

	PODER JUDICIAL REPÚBLICA DE COSTA RICA		
PLAN DE TRABAJO PARA EL DESARROLLO DE LABORES O ESTUDIOS ESPECIALES			
Código: P63-UEPPI-01-ET	Elaborado por: Unidad de Planificación de Proyectos del PJ	Aprobado:  Rige a partir de: 1-1-2018	Página: 1 de 5  Versión: 1

## I. DATOS GENERALES DE LA SOLICITUD

<b>Nombre del estudio o labor especial a desarrollar:</b>	Estudio descriptivo de las víctimas de violencia por el delito de tentativas de femicidio, en el marco de aplicación de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. 2017-2018		
<b>Oficina Solicitante:</b>	Secretaría Técnica de Género y Acceso a la Justicia		
<b>Responsable:</b>	Xinia Fernández Vargas (STGAJ) Ma. Gabriela Alfaro (Fiscalía adjunta Género)		
<b>Elaborado por:</b>	M.Sc. Xinia Fernández Vargas		
<b>Plazo total estimado del permiso:</b>	Tres meses		
<b>Fecha de inicio:</b>	01 de febrero de 2019	<b>Fecha de finalización:</b>	9 setiembre 2019

## 2. DESCRIPCIÓN DEL ESTUDIO O LABOR ESPECIAL A DESARROLLAR:

Se requiere de la colaboración de una **persona técnica judicial 2** con experiencia en el puesto, preferiblemente, aunque no necesario, que labore en la Fiscalía Especializada de Asuntos de Género, que tenga como tarea principal hacer una revisión de los expedientes (dos años: 2017 y 2018) de las tentativas de femicidio ingresadas al MP y sistematizar las variables que se describen en el párrafo siguiente. se incluyen en la propuesta plante “Tentativa de Femicidio”, con la finalidad de determinar el perfil de las víctimas, y permita a su vez la toma de decisiones en materia de política pública, para mejorar los procesos de atención y acompañamiento no solo en lo que respecta a la función propia del Poder Judicial, sino, que a permita además, el establecimiento acciones de manera conjunta y articulada con la institucionalidad pública, como el Instituto Nacional de las Mujeres (INAMU) y sea un insumo para el Plan Nacional de la Política de no violencia contra la mujeres y las niñas, misma en que el Poder Judicial tiene también responsabilidades.

### Variables a identificar

1. Sociodemográficas: Edad/Nombre/Estado civil/Escolaridad/Ocupación/Domicilio
2. Tiene hijas, hijos. Edades.
3. Relación con el imputado: Marido /Conviviente/Novio. Otro.... (señalar la relación)
4. Lugar donde sucedieron los hechos (provincia y cantón)
5. Tipo de arma o mecanismo que se empleó para la agresión.
6. Descripción de las lesiones ocasionadas según lo que consta en expediente.
7. ¿Se señala antecedentes de violencia doméstica?
8. ¿Contaba con medidas de protección? Sí o no
9. ¿Recibe acompañamiento de la OAPVD?
10. Si hay información del estado del caso al momento de la revisión del expediente, señalarlo.

N°3	<b>Análisis de los datos y elaboración de informe final.</b>	Con los datos recopilados por el Ministerio Público, la STGAJ analizará la información y elaborará un informe final.
N.4.	<b>Remisión del informe final a los órganos de interés</b>	El informe final de la investigación se hará llegar al Consejo Superior y a las instancias institucionales directamente involucradas en la atención de estas víctimas.

### 3. OBJETIVOS:

#### Objetivo general:

Elaborar un diagnóstico sobre las características de las mujeres que han sido víctimas del delito de tentativa de femicidio en el periodo 2017 -2018 a partir de la información consignada en los expedientes de investigación del Ministerio Público.

#### Objetivos específicos:

- a) Identificar las características socio demográficas de las mujeres que han sufrido una tentativa de femicidio en el periodo 2016-2018.
- b) Explorar con la información disponible en los expedientes, recursos de apoyo ofrecidos a las víctimas dentro del Poder Judicial u otras dependencias.
- c) Conocer el estado de situación de la denuncia interpuesta y sus resultados.
- d) Elaborar un informe con los datos obtenidos.

## III. PROGRAMACIÓN

### 1. PRODUCTOS ENTREGABLES:

N°	Nombre	Descripción
N° 1	<b>Identificación y ubicación de los expedientes de tentativas de femicidio del periodo en estudio</b>	Elaborar un listado de los expedientes que corresponden al delito de tentativa de femicidio que se encuentran en Fiscalías o Juzgados Penales correspondientes al periodo en estudio.
N° 2	<b>Sistematización y análisis de la información.</b>	Revisión del total de expedientes identificados y ubicados y recopilación de las variables definidas.  Elaboración de documento donde se consignen los hallazgos.

### 2. CRONOGRAMA GENERAL:

Acción	Plazo Ejecución	Responsable
1. <b>Identificación y ubicación de los expedientes de tentativas de femicidio del periodo en estudio</b>	<b>30 días hábiles</b> <b>1 de febrero al 14 de marzo</b>	Persona designada en MP para la revisión, Fiscalía Adjunta de Asuntos de Género.
2. <b>Revisión de expedientes y sistematización de variables definidas</b>	<b>93 días hábiles</b> <b>14 de marzo al 31 de julio</b>	Persona designada en MP para la revisión, Fiscalía Adjunta Asuntos de Género
3. <b>Elaboración informe a partir de datos recopilados.</b>	<b>25 días hábiles</b> <b>1° de agosto al 4 setiembre.</b>	Secretaría Técnica de Género y Acceso a la Justicia, M.Sc. Xinia Fernández Vargas
4. <b>Remisión de informe a órganos de interés.</b>	<b>3 días hábiles.</b> <b>5 al 9 setiembre</b>	Secretaría Técnica de Género y Acceso a la Justicia, M.Sc. Xinia Fernández Vargas



### 3. RECURSOS:

#### 1. Recursos requeridos:

Indicar si se cuenta con la totalidad de los recursos humano, tecnológico, mobiliario y equipo

Descripción del equipo	¿Se cuenta con el recurso?		Cantidad por adquirir	Costo del recurso adicional requerido	Observaciones
	SI	NO			
Humano***		X	1 persona técnica judicial		1. Se requiere la aprobación de una plaza, bajo el artículo 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.  2. Otra plaza profesional de la Secretaría de Género, que tendría como recarga la construcción del informe final (sistematización).
Equipo de cómputo	X				Mismo recurso con que cuente el Ministerio Público, Fiscalía Adjunta de Asuntos de Género.
Licencia de Office	X				Mismo recurso con que cuente el Ministerio Público
Silla de escritorio	X				Mismo recurso con que cuente el Ministerio Público
Espacio físico (estación de trabajo, cubículo, escritorio)*	X				Mismo recurso con que cuente el Ministerio Público, Fiscalía Adjunta de Asuntos de Género.
Viáticos					
Otros:					

#### 2. Recurso humano:

Incluir las necesidades de recurso humano con licencia con goce de sueldo

Descripción del puesto	Cantidad de recursos / puesto	Tiempo requerido (días naturales)	Costo estimado / día	Costo total del recurso
1 persona técnica judicial 2	1	181 días 8 del 1° de febrero al 31 de julio	C16.733.33	C502.600.00

## 1.2 Resultado de la solicitud remitida al Consejo Superior

En sesión del Consejo Superior, N° 68-19 celebrada el 1 de agosto de 2019, artículo XV, se acordó: “ 1.) Acoger la solicitud presentada por la máster Xinia Fernández Vargas, jefa de la Secretaría Técnica de Género y Acceso a la Justicia, en correo electrónico de 24 de julio de 2019, en consecuencia, tener por modificada la fecha de rige de dicho permiso, en el entendido que será a partir del 5 de agosto de 2019 y hasta el 31 de octubre de 2019. 2.) Hacer este acuerdo de conocimiento de la Secretaría Técnica de Género y Acceso a la Justicia.”

La Fiscala Adjunta de Género, Lcda. María Gabriela Alfaro, designó a Stephania Méndez Mora, Técnica Judicial de esa oficina, para realizar la tarea propuesta, lo que se hizo en las fechas aprobadas por el Consejo según acuerdo anterior. El cronograma y los años en que se planteó hacer la búsqueda, fueron modificados para trabajar con aquellos que estaban disponibles en las Fiscalías del país del 2016 a setiembre 2019.

## II. RESULTADOS DE LA REVISIÓN DE EXPEDIENTES LOCALIZADOS

Durante la ubicación de los expedientes, se enfrentaron distintos obstáculos y en no pocos casos, la tardanza en acceder a los mismos. La mayoría de los expedientes fueron enviados a la Fiscalía Adjunta de Género digitalizados en los casos en que estaban en ese formato o físicos, mediante copia de los paralelos; en algunos casos la técnica debió trasladarse a la fiscalía correspondiente para revisarlos en el lugar. Dadas las imitaciones de tiempo y recursos, se dependía casi por completo de que cada fiscalía remitiera a la técnica los expedientes disponibles.

Se identificaron un total de 103 expedientes ubicados en: Fiscalía adjunta de Género (10) Desamparados (8) Cartago (2) PISAV Unión (3) San Ramón (1) Alajuela (3) Corredores (3) Limón (13) Pérez Zeledón (3) Osa (4) Puntarenas (6) PISAV San Joaquín de Flores (1) PISAV Pavas (5) Hatillo (12) Heredia (15) Pococí (3) Liberia (10) Siquirres (1).

En algunas fiscalías, aunque se tenía registro de ese delito y número de expediente, no se logró acceder a los mismos por distintas razones, tal es el caso de Desamparados donde se ubicaron 8 números de expedientes y solo se lograron revisar 2. En Hatillo y Pococí no se ubicó ningún expediente. Lo anterior significa que, de los 103 expedientes registrados, la información que aquí se presenta corresponde a 77 expedientes disponibles para su revisión.

**Cuadro # 1.**

**Fiscalías número de expedientes registrados y revisados**

Nombre Fiscalías	Expedientes identificados	Expedientes revisados
Adjunta de género	10	10
Desamparados	08	02
Cartago	02	02
PISAV La Unión	03	03
San Ramón	01	01
Alajuela	03	03
Corredores	03	03
Limón	13	13
Pérez Zeledón	03	03
Osa	04	04
Puntarenas	06	06
PISAV San Joaquín	01	01
PISAV Pavas	05	05
Hatillo	12	0
Heredia	15	10
Pococí	03	0
Liberia	10	10
Siquirres	01	01

De los 77 expedientes revisados, 33 son del 2018, 25 (a setiembre) del 2019, 16 del 2017, 2 del 2016 y 1 del 2015.

Además, de las variables incluidas en la propuesta de investigación enviada al Consejo Superior que resultaban de interés respecto a las víctimas de tentativa de femicidio, también se recabaron algunos datos de los imputados.

## 2.1. Algunas características de las mujeres víctimas de femicidios

### Variables sociodemográficas

#### 2.1.1 Nombres

Stephanie, Karla, Flor, Yahaira, Pamela, María Marta, Jeanine, Selenia, Noelia, Andrea, Jessie, Dayana, Socorro, Bianca, Nuria, Marlen, Annia, Magdalena, Cindy, Lilly, Karen, Yury, Selene, Aracelly, Yendri, Jenory, Yahaira, Geovanna, Jeynelin, Francisca, Brígida, Carmen, Mireya, Noemy, Milady, Lluilly, Nimsy, Gerardina, Yendry, Maritza, Jeandery, Wendy, Sara, Shirley, María, Martha, Clara, Gema, Paula, Elba, Rocío, Ashanty, Alba, Sandra, Griselda, María Suyapa, Marilyn, Cruz, Rita, Rebeca, Damaris, Martha, Kattia, Rachel, Mayela, Daysi, Katherine, Saylin, Maryuli, Jenny, Argentina, Franci, Laidy, Fernanda, Leyani, Julia, Estefannie.

#### 2.1.2. Edad

De los expedientes revisados, en 25 no se consignó la edad. En los 52 en que consta el dato, 33 de ellas tenían entre 25 y 40 años (la gran mayoría) y un número muy reducido en el resto de grupos etarios según se puede observar en el siguiente cuadro.

Cuadro # 2.

Distribución según grupo de edad de las víctimas

Rango de edad	número
17 a 24 años	9
25 a 32	19
33 a 40	14
41 a 48	7
49 a 56	2
57 a 64	1
No indica	25
<b>total</b>	<b>77</b>

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos. Septiembre 2019

#### 2.1.3. Estado civil

Según los datos registrados, 12 de las mujeres eran casadas, 30 solteras, 9 en unión libre, 1 separada, 1 viuda, 4 divorciadas, 20 no indican.

#### 2.1.4. Escolaridad

En 69 de los casos no se indica el nivel de escolaridad de la víctima. En los 8 expedientes donde aparece información se señala que 1 tiene universitaria completa, 2 primaria completa, 1 secundaria incompleta. En 4 casos se indica "estudiante" que no es la escolaridad sino la ocupación.

#### 2.1.5. Nacionalidad

De los 77 expedientes revisados, 46 de las mujeres atacadas son costarricenses, 17 nicaragüenses, 2 otra nacionalidad y 12 no se indica el dato.

#### 2.1.6. Ocupación

De los datos consignados, 22 de las mujeres atacadas se dedicaban a los oficios domésticos en su casa, 3 laboraban en actividades de limpieza o como empleadas domésticas, 14 tienen ocupaciones tales como vendedora ambulante, manicurista, costurera, bodeguera, cocinera, conserje, cajera, dependiente, agricultura, una oficinista y una estudiante. En 37 expedientes no se consigna el dato.

### 3. Hijas o hijos en común con el agresor

32 de las mujeres tienen hijos, hijas en común con el agresor, la mayoría menores de edad; 22 no tienen hijos, hijas o no son del sujeto y 23 no informan.

### 4. Relación con el acusado al momento de los hechos

En la gran mayoría de casos (59) las víctimas convivían con el agresor. Solo dos de ellas estaban separadas al momento del ataque.

**Número de mujeres atacadas según años de convivencia con el agresor**

# mujeres	Tiempo de convivencia
21	De 0 meses a 1 año
26	Entre 2 y 9 años
08	Entre 10 y 17 años
04	18 años o más
18	Sin datos
<b>77</b>	

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos. Septiembre 2019

De las primeras, 21 tenían un año o menos de convivencia cuando fueron atacadas por su pareja; 26 entre 2 y 9 años; 8 entre 10 y 17 años; 4 dieciocho años o más de convivencia. En 16 de los casos no se consignó el dato y dos de las víctimas estaban separadas del agresor cuando sucedieron los hechos (tenían 5 y un año de separadas respectivamente).

### 5. Lugar de residencia

En distintos cantones y barrios de la provincia de San José residen 21 de las mujeres víctimas, en Cartago 6, Alajuela 5, Puntarenas 9, Limón 14, Heredia 7, Liberia 8 y en 7 casos no se reporta el domicilio.

### 6. Lugar de los hechos

En 42 de los casos se usaron distintos tipos de arma blanca: puñales, machetes, cuchillos de cocina, cuchillo de pesca o para pelar cocos. En 13 casos se usaron las propias manos del agresor para intentar asfixiarlas, junto con mecates, ropa; 7 usaron armas de fuego, en 2 casos botella y frasco de vidrio, 2 martillos y 1 el automóvil. En varias de las tentativas se usaron, además, encendedores u otros objetos. En 9 casos no se indica el arma o mecanismo empleado.

### 7. Tipo de arma o mecanismo que se empleó para la agresión

Las lesiones que se señalan son de múltiples tipos: heridas punzocortantes en cuello, brazos, piernas y abdomen. Quebraduras de quijada y dedos, intentos de estrangulación usando las manos u otros objetos como cables, ropa o mecates. En varios de los casos, el sujeto usó una combinación de armas o mecanismos para atacar a la víctima.

A una de ellas el sujeto la fue a buscar mientras estaba en su trabajo y allí mismo intentó ahorcarla. Todas las mujeres que fueron atacadas con arma blanca o de fuego requirieron atención hospitalaria o estuvieron internadas por la gravedad de las lesiones. Además de los golpes, heridas etc, en 5 de los casos la víctima también fue violada o abusada sexualmente por el agresor.

### 8. Lesiones ocasionadas según lo que constan en el expediente

Las lesiones que se señalan son de múltiples tipos: heridas punzocortantes en cuello, brazos, piernas y abdomen. Quebraduras de quijada y dedos, intentos de estrangulación usando las manos u otros objetos como cables, ropa o mecates. En varios de los casos, el sujeto usó una combinación de armas o mecanismos para atacar a la víctima. A una de ellas el sujeto la fue a buscar mientras estaba en su trabajo y allí mismo intentó ahorcarla. Todas las mujeres que fueron atacadas con arma blanca o de fuego requirieron atención hospitalaria o estuvieron internadas por la gravedad de las lesiones. Además de los golpes, heridas etc, en 5 de los casos la víctima también fue violada o abusada sexualmente por el agresor.

### 9. ¿Se señala antecedentes de violencia doméstica?

Se deduce de la lectura de los textos extraídos de expedientes, que había en todos los casos, un historial de violencias físicas, patrimoniales, sexuales y psicológicas infringidas por el acusado, aunque en muy pocos existió denuncia previa a la denuncia por tentativa de femicidio, como se verá en el siguiente punto.

### 10. ¿Contaba la víctima con medidas de protección?

En 37 de los casos se solicitaron medidas de protección. Se deduce de los textos extraídos de expedientes, que 7 de las mujeres tenían medidas de protección al momento de la denuncia penal por tentativa de femicidio; en ninguno de los casos, los denunciados las cumplieron.

Parece que los 30 restantes se dieron al momento de interponer la denuncia penal. En 31 de los casos no se indica el dato y en 9 no hubo medidas ni antes ni después de la denuncia penal.

### 11. Dictamen médico legal

Según los datos que constan en expedientes consultados, se refirieron 4 víctimas a Medicina Legal sin que a la fecha de la revisión constara el resultado de la valoración; en 27 de ellos consta el dictamen donde se consigna el número de días de incapacidad debido a las lesiones presentadas, los que van de 2 días a un mes. En 38 casos no se indica en el expediente nada respecto a la referencia o dictamen médico forense y en 8 de ellos aparece el dictamen, pero no se establecen días de incapacidad.

### 12. Tiempo de incapacidad

En los 27 dictámenes médico legal donde se indican los días de incapacidad otorgados se dividen así: 3 casos con 2 días incapacidad; 6 con tres días; 1 cuatro días; 3 cinco días; 7 con siete días; 1 ocho días, 4 un mes y 1 un mes y 4 semanas, revalorada a los 6 meses y con tratamiento por un año a causa de lesiones.

### 13. ¿Recibe acompañamiento de la OAPVD?

De las 77 mujeres, 7 fueron referidas a la OAPVD, 1 no aceptó, 1 no fue referida, 1 estuvo 2 años antes de la denuncia en albergue y en 67 casos no se consigna la información en expediente. Se consultó sobre el alto número de expedientes donde no aparece este dato y la respuesta es que puede deberse a que, en muchos casos, esta información se consigna en otros registros distintos al expediente penal, para protección de las víctimas. (ver correo del 16 de dic 19. Stephania Méndez Mora).

### 14. Estado de la causa al momento de la revisión del expediente

De los 77 casos, 15 se encontraban en trámite, 36 estaban acusados, 1 en archivo fiscal, 10 se dictó sobreseimiento, 4 desestimados, 5 sentenciados, 3 ausentes, 1 acumulado, 1 no indica y 1 no es tentativa (total 77).

## III. ALGUNOS DATOS SOBRE LOS DENUNCIADOS POR TENTATIVA DE FEMICIDIO

### 3.1. Edad

Rango de edad	número
17 a 24 años	4
25 a 32	25
33 a 40	12
41 a 48	5
49 a 56	5
57 a 64	3
65 y más	1
No indica	22
total	77

### 3.2. Nacionalidad

De los agresores, 51 son costarricenses, 15 nicaragüenses, 7 no indican y 4 corresponden a otras nacionalidades.

### 3.3. Ocupación

13 de los denunciados eran operarios en construcción y tareas afines, 3 jornaleros, 3 taxistas informales, en 34 expedientes no se consignó el dato, 21 tenían diversas ocupaciones, la mayoría informales, por ejemplo: chatarrero, vendedor ambulante, chofer bus, chambero, vendedor de mariscos, entre otros. Destaca un piloto de aviación, un policía de tránsito y un corredor bienes raíces.

### 3.4. Escolaridad

Según los datos consignados, 5 de los agresores tienen primaria incompleta, 2 primaria completa, 2 secundaria completa, 6 secundaria incompleta, 1 universitaria incompleta, 2 universitaria completa. En 59 de los expedientes no se indica el dato sobre la escolaridad.

### 3.5. Indagación

50 fueron indagados, 12 no, 8 no se indica en el expediente, 6 no fueron localizados.

## ALGUNAS CONCLUSIONES GENERALES

- Lamentablemente, no fue posible ubicar un mayor número de expedientes para su revisión debido a muy diversos factores, entre ellos el corto tiempo del que se disponía para ubicarlos y las dificultades para que algunas de las fiscalías ubicaran y remitieran la información.
- De los 77 expedientes revisados, 33 de las mujeres atacadas tenían entre 25 y 40 años. Este periodo se encuentra entre los más significativos en términos productivos y reproductivos.
- Respecto al estado civil, una gran mayoría se reporta como soltera, sin embargo, al tratarse del delito de "Tentativa de femicidio" estos casos corresponden a uniones de hecho. Si no hubiera existido convivencia, no podría haberse clasificado así el delito.
- En 46 de los 77 casos, la víctima es costarricense; también los agresores son en su gran mayoría son nacionales, 51 de ellos.
- Una importante cantidad de mujeres se dedicaban a los oficios domésticos de su casa y actividades no calificadas. Solo una de las 77 víctimas era profesional. Igualmente, sucede con los agresores, quienes se dedican en su mayoría a actividades informales y de construcción, 3 de los victimarios eran profesionales.
- 59 de las 77 víctimas convivían con el agresor al momento de la agresión y tenían hijas e hijos en común con ellos, la mayoría menores de edad. Debe resaltarse que en 53 de los casos, los hechos sucedieron en la casa de habitación de la víctima.
- En 42 de los casos, las víctimas fueron atacadas con distintos tipos de arma blanca, en número mucho menor con arma de fuego, otros objetos contundentes o con las propias manos del agresor. Las lesiones causadas a quienes fueron atacadas con puñales, cuchillos, machetes y revólver ameritaron atención hospitalaria e internamientos según fuera la gravedad de las heridas.
- Según se denota de la información contenida en expedientes, en la totalidad de casos, se señalaban otros eventos de violencia hacia las víctimas por parte del agresor; sin embargo, solo 7 de ellas tenían medidas de protección al momento en que sucedieron los hechos calificados como tentativa de femicidio y en todos los casos, las medidas fueron irrespetadas.
- En 37 casos se otorgaron medidas de protección al momento de interponer la denuncia penal; en 9 de los expedientes no se registran medidas de protección ni antes ni después del hecho que dio origen a la denuncia por tentativa de femicidio.
- En 37 casos aparece constancia de referencia a valoración médico legal y en 37 de ellos no consta el dato.
- En 67 de los casos no consta referencia a la Oficina de Atención y Protección a Víctimas; no obstante, esto puede deberse a que el registro se realiza en un documento distinto al expediente con el propósito de mantener la confidencialidad.

En muchos de los expedientes hay faltante de información tanto de las víctimas como de los imputados lo que dificulta contar con mayor información que permita contar con mayores elementos.

Como corolario de este estudio descriptivo, se hizo una comparación con los resultados del informe *“Muertes violentas de mujeres por razones de género en Costa Rica bajo el ámbito de la Ley de penalización de la violencia contra las mujeres y la Convención interamericana Belem do Pará durante el 2018”* elaborado por la Sección de Estadística del Poder Judicial y aprobado por el Consejo Superior en la sesión 87-19 celebrada el 8 de octubre en su artículo LX. En él se señalan algunas de las características de las víctimas y los eventos de femicidio.

Se destaca acá la información de las víctimas de femicidio según artículo 21 en donde resultan evidentes las similitudes entre los datos que allí se consignan y lo encontrado en la revisión de los expedientes de tentativas de femicidio: la mayoría de las mujeres son jóvenes con una edad promedio de 33 años, vivían con sus agresores al momento de los hechos, tenían hijas e hijos en común, son costarricenses, un número muy significativo dedicadas a los oficios domésticos en su casa y el método para el ataque es, en su mayoría, armas blancas de distinto tipo.





---



# *Reseña de Libros e Investigaciones*

---



[Volver al índice](#)



## RESEÑA DE LIBROS

### **CURSO DE DERECHO COMERCIAL (segunda edición)**

**Dr. Ignacio Monge Dobles**



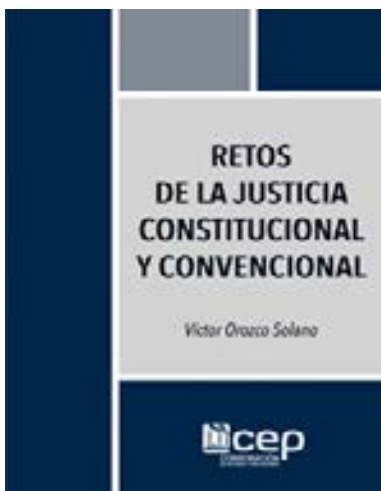
Curso de Derecho Comercial (segunda edición) es un tratado del autor Dr. Ignacio Monge Dobles, que analiza y comenta doctrina, jurisprudencia, normativa y temas prácticos del derecho mercantil, civil y empresarial en Costa Rica y Latinoamérica, incluyendo historia, sociedades comerciales, contratos comerciales, aspectos procesales, garantías, fideicomisos y títulos valores. Adaptado al año 2020, es un libro ideal para gerentes, abogados, Notarios Públicos, jueces, emprendedores, comerciantes, empresarios y estudiantes de Derecho, Economía, y Administración de Empresas de todos los niveles. El autor es doctor en derecho comercial, abogado litigante, conferencista y profesor universitario.

La versión digital se puede adquirir en:

<https://www.amazon.com/-/es/Dr-Ignacio-Monge-Dobles-ebook/dp/B08CPWQTM8> y la versión física al e-mail [imonge@fayca.com](mailto:imonge@fayca.com)

### **“RETOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL”**

**Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano.**



En este libro el autor desarrolla cuatro grandes temas, todos relacionados con la justicia constitucional y convencional en Europa e Iberoamérica. Así, en el primer tema se examinan los antecedentes políticos y jurídicos del control de constitucionalidad en la Constitución costarricense de 1949, así como los alcances del principio de supremacía de la Constitución y la influencia que, sobre éste, han tenido los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos y la doctrina del control de convencionalidad, que ha impulsado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su jurisprudencia. En el segundo, analiza las competencias de los Tribunales Constitucionales emblemáticos en el modelo de justicia constitucional europeo así como la integración y el funcionamiento de las Salas, Cortes y Tribunales Constitucionales en Centroamérica.

En el tercer tema, analiza la protección multinivel de los derechos humanos en el escenario europeo, y los alcances del Derecho Comunitario. Además, se exponen las relaciones entre la Sala Constitucional de Costa Rica y la Corte IDH. Finalmente, en el cuarto tema desarrolla el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho, así como, el principio de ponderación como instrumento para resolver conflictos sobre derechos fundamentales. Lo anterior, sin dejar de lado, a modo de epílogo, el rol del juez constitucional y la argumentación. El autor es el Juez Contencioso Administrativo: Víctor Eduardo Orozco Solano, Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha y Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. En la actualidad, don Víctor desarrolla sus funciones como Juez en el área de amparos de legalidad, correo electrónico: victorozcocr@gmail.com

La edición ecuatoriana del libro ha sido publicada por la Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones y está disponible, su versión digital, en:

[http://www.cepweb.com.ec/ebookcep/index.php?controller=search&orderby=position&orderway=desc&search\\_query=orozco+solano&submit\\_search=Buscar](http://www.cepweb.com.ec/ebookcep/index.php?controller=search&orderby=position&orderway=desc&search_query=orozco+solano&submit_search=Buscar)

---

*Homenaje al Departamento  
de Artes Gráficas en su 50  
Aniversario*

---



## ENTREVISTA

### Lic. JOSÉ RUBÉN DIMAS PORTILLO



Don José Rubén se desempeña como Jefe del Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial y al conversar con él se nota el amor por la institución para la que ha laborado tantos años y el orgullo que siente por el trabajo que realiza el personal del departamento que dirige. Don José es una persona seria, de trato amable y respetuoso y siempre dispuesto a ayudar para que los trabajos sean de la mejor calidad.

Con esta entrevista conoceremos un poquito más a este excelente funcionario y la labor que realiza él y los demás compañeros y compañeras del departamento de Artes Gráficas

#### **¿Cómo nació el Departamento de Artes Gráficas?**

“Este Departamento nace en mayo de 1971, por lo que este año estará cumpliendo 50 años de estar al servicio del Poder Judicial. Estamos planeando hacer varias actividades para

conmemorar este Aniversario. En todos estos años ha habido cambios muy grandes, pero todo en los últimos 15 años. El Departamento nació, diría yo, como un apéndice del Departamento de Proveeduría, pues el suplirles los diversos formularios y carátulas de expedientes para las oficinas judiciales, representaba más del 80% de la producción de nuestro Departamento; el resto de materiales impresos como afiches, folletos, libros y otros materiales en papel de las demás oficinas, no representaban más de un 20% de los trabajos realizados. Esa fue su principal misión. Hace 15 años llegó un proveedor a ofrecer un producto para las planchas de aluminio que se utilizaban en las impresoras offset, y me mostró un folleto ilustrativo de un plotter (impresora que imprime viniles y lonas). En ese momento, tuve la idea de incursionar en el área de rotulación, los cuales en esa época se mandaban a hacer en empresas privadas, como Neón Nieto. Dado que teníamos algunos recursos que todavía no habíamos ejecutado, el Jefe de la Sección de Arte y este servidor, pedimos audiencia al Director Ejecutivo (Lic. Alfredo Jones León), para exponerle el proyecto para comprar ese equipo por todo lo que podíamos hacer con él; don Alfredo nos dio el visto bueno y así nació la Unidad de Rotulación, la cual por cierto comenzó con un servidor que anteriormente se encargaba de hacer planchas de aluminio para los formularios de las impresoras offset. Se comenzó haciendo de dos a tres rótulos por semana, pero con el paso del tiempo esa labor se fue incrementando; al día de hoy después de 15 años de brindar este servicio, tenemos ocho servidores trabajando a tiempo completo, y aún así no estamos dando abasto para entregar los mismos a corto plazo. Hay trabajos que se nos acumulan entre 6 a 7 meses

y algunos hasta más tiempo, porque es tanto el volumen de solicitudes que ingresan, que nuestro personal no es suficiente para sacarlos con mayor antelación, de ahí que tenemos que ir priorizando las entregas; Con frecuencia hacemos labor tipo bomberos: apaga incendios, ya que no podemos confeccionar los rótulos siguiendo el orden estricto en que ingresaron las solicitudes; es decir, sacando las primeras solicitudes en entrar como debería ser lo lógico, ya que en muchas ocasiones va depender de la urgencia o prioridad con que venga cada tipo de trabajo.

### **¿Y usted cuanto tiempo tiene de trabajar en el Departamento de Artes Gráficas?**

En mayo de 2020 cumplí 15 años. Provengo del área administrativa. En el año 1997 laboraba como Administrador Regional de los Tribunales de Justicia de Limón; en el año 2004 mi padre tuvo una situación delicada de salud, por lo cual pedí a mi jefatura que me permitiera acercarme más al área metropolitana, ya que vivía en el cantón de Vásquez de Coronado y viajaba todas las semanas a Limón. Al año siguiente salió a concurso la plaza de la jefatura del Departamento de Artes Gráficas, y procedí a participar en dicho concurso, a pesar de no tener experiencia en la materia de artes gráficas, pues para el puesto a parte de profesionales en diseño gráfico, también podían participar profesionales en administración. Gané el concurso; sin embargo, debo indicar que al principio fue bastante difícil, pero con la ayuda de los compañeros del Departamento salí adelante.

Cada vez que llegaba una nueva solicitud de trabajo, llamaba al jefe de sección y hablábamos sobre lo que se debía de hacer; así pude ir aprendiendo en el camino y a los pocos meses estaba bastante empapado de todo lo que se hacía. Hoy puedo decir que a pesar de no ser experto en el manejo de los equipos de impresión offset y digitales, puedo llevar a cabo los controles de

calidad en coordinación con las jefaturas de la Sección de Arte y de la Sección de Impresión; así como opinar sobre los diseños en cuanto color, formas, acabados, materiales, etc.; los técnicos se encargan de hacer los ajustes necesarios. Yo tengo el estribillo de que *si las cosas no se hacen bien, es mejor no hacerlas*. Siempre buscamos la mejor calidad posible, por eso analizamos muy bien cuando se nos piden ciertos trabajos con determinados materiales y características nunca hechas, vemos su viabilidad y valoramos si podemos o no hacerlos; a eso se debe que los productos defectuosos en todos nuestros procesos de producción gráfica son menores al 1%.

### **¿Qué tipo de maquinaria tienen para su trabajo?**



Tenemos equipos muy viejos, algunos entre 45 a 50 años, pero funcionan en perfectas condiciones; cuando viene gente de afuera que trabaja en esta misma área de litografía, se quedan asombrados de ver nuestros equipos, que a pesar de tener tantos años trabajen en tan buenas condiciones. Esto se debe al cuidado y esmero que tiene nuestro personal técnico a la hora de operar y darle el mantenimiento a estas máquinas impresoras.



También tenemos máquinas muy modernas, como lo es una impresora láser a color industrial que simula lo que hace una impresora offset (imprime los cuatro colores de la cuatricomía, más el color blanco y barniz); esta máquina nos vino a solucionar el problema que teníamos en cuanto a las impresiones a color en medianas cantidades y de forma urgente, ya que la impresión offset, si bien es muy efectiva y económica cuando se trabaja en grandes volúmenes, no es tan rentable cuando se trata de trabajos a color en pequeñas cantidades, ya que se vuelve muy costosa en lo que respecta al consumo de tiempos y por ende en mano de obra.

#### **¿Qué necesita para mejorar los procesos?**



Creo que estamos bastante bien en cuanto a los equipos y materiales de producción. Tenemos muy buenas instalaciones físicas y un excelente personal. Lo que sí siento y hemos venido padeciendo desde hace años, es la escasez de recurso humano. Desde que ingresé a este Departamento hace 15 años, sólo se ha creado una plaza de profesional en diseño. Cuando llegué éramos 27, al día de hoy somos 28. Esto nos preocupa porque el Poder Judicial ha crecido mucho y eso redundará en una mayor demanda de trabajos, los cuales casi siempre se requieren con prontitud y muchos contra fecha de entrega.

Tenemos los equipos con los cuales se produce mucho, pero luego viene la parte manual; hay que cortarlos, darles el tamaño requerido, compaginarlos y armarlos, empastarlos y darles el acabado final. Esto provoca con frecuencia que se nos forme un cuello de botella en el proceso de acabado final. También nos afecta cuando se hacen giras a provincias fuera del gran Área Metropolitana, perdemos a dos o más compañeros por dos o tres días, quienes van a instalar rótulos, sandblastado y polarizado de ventanas. Ese es nuestro talón de Aquiles.

#### **Me decía que uno de los trabajos más importantes que hacen es la rotulación. ¿En qué consiste?**

Cuando hablamos de rotulación estamos hablando de la rotulación de las oficinas judiciales de todo el país, la rotulación de vehículos administrativos, la flota de vehículos de Cárceres, Inspecciones Oculares y Recolección de Indicios y las de Transporte Forense de OIJ. También incluye las vallas publicitarias, back panel y stand para actividades especiales.

Por ejemplo, nosotros participamos muy activamente en la feria tecnológica que hace el Poder Judicial todos los años, y para esta actividad hemos hecho back paneles que son estructuras gigantes, tal es el caso de las letras con la leyenda de Poder Judicial que instalamos hace dos años en la Plaza de la Justicia, a solicitud de la Oficina de Cooperación y Relaciones Internacionales. Cuando hay delegaciones del Poder Judicial que van al extranjero y tienen que colocar un stand, nosotros nos encargamos de confeccionar todos esos materiales, para que sean llevados a esos Congresos Internacionales, como son las cumbres internacionales de poderes judiciales en Sur América.



El área de rotulación es muy variada y es el área de trabajo que ha tenido mayor auge en los últimos años. Es innegable que la llegada de la política de “cero papel” y la cada vez más creciente apuesta por lo virtual, ha conllevado a nuestro departamento a que haya sido afectado significativamente, en lo que a materiales impresos en papel se refiere; algunos de nuestros principales usuarios que teníamos en el pasado, han disminuido o dejado de solicitar materiales en papel. Esta situación se hizo sentir con mayor impacto hace unos 8 años; en ese momento sentimos que peligraba el departamento, pues al restringir el uso del papel, que era nuestra principal materia prima con la que trabajábamos, dijimos ¿y qué vamos a hacer nosotros de aquí en adelante? Fue una situación de incertidumbre que duró entre 4 o 5 meses; ante esta coyuntura, empezamos a diversificar nuestra producción y hoy día más bien estamos permanentemente con un alto volumen de trabajo; tenemos solicitudes pendientes de trabajo de 6 meses, y algunas con más tiempo que no hemos podido sacar debido a la gran demanda de nuestros servicios. Aunque nosotros seguimos con trabajos en papel, esto representa si acaso un 30% de todas las labores que llevamos a cabo. El otro 70% está dedicado a labores de otra índole, como es la rotulación, ediciones electrónicas, diseño de páginas

Web, libros de marca de diferentes oficinas. Ya hicimos los libros de marca del Organismo de Investigación Judicial, el del Ministerio Público y el de la Defensa Pública; los cuales consisten en una serie de normativas de carácter gráfico, que se establecen para que una oficina o institución tengan ciertos patrones en la parte de diseño, colores únicos de uso estándar, un logotipo bien definido, tipografías o letras exclusivas, etc.; es una especie de reglamento de lo que se puede y no se puede hacer. Ya no se deja a la libre a las personas que diseñan, sino que deben respetar este manual de especificaciones en cuanto a diseño gráfico se refiere. En el caso del OIJ se usan colores negro, dorado y azul.



### **¿Y con la pandemia, se les ha incrementado el trabajo?**

Con la pandemia incursionamos en un área que a finales de 2019 no teníamos. En abril de 2020 comenzamos a fabricar por medio de un router tamaño industrial (equipo de corte de materiales rígidos) que acabábamos de comprar, mamparas en láminas acrílicas para los mostradores de las oficinas judiciales de todo el país y estuvimos trabajando en Semana Santa, dada la urgencia que había para proteger a las personas que atienden público contra el contagio del COVID

19. En una segunda etapa hicimos mamparas para las estaciones de servicio o escritorios de los auxiliares judiciales que también atienden personas usuarias; hicimos más de 2.600 mamparas y en este momento estamos en un proyecto para poner mamparas en todas las Salas de juicio, ya concluimos el plan piloto en el edificio de los Tribunales de San José, en donde se dotó de estas mamparas a 18 salas de juicio colegiadas y a 5 salas de juicio unipersonales; esto les permite a las juezas y jueces, fiscalas y fiscales, así como a las defensoras y defensores públicos, estar mejor protegidos ante el contagio del COVID-19. También se confeccionaron 23 mamparas para la sala de sesiones de la Corte Plena. En este momento estamos a la espera de que se materialice una donación de la embajada de los Estados Unidos, para comenzar a fabricar mampara para todas las salas de juicio del país.

### **¿Y en material impreso, que es lo que más producen?**

En materiales impresos nos corresponde llevar a cabo una serie de publicaciones, como esta Revista Judicial a cargo de la Escuela Judicial, la agenda anual de CONAMAJ, la revista de la Sala Segunda, y proyectos especiales como el Informe Anual de Labores a cargo del Despacho de la Presidencia, el Informativo Judicial cada bimestre que solicita el Departamento de Prensa y Comunicación Organizacional, así como otras publicaciones variadas que solicita el Ministerio Público, la Defensa Pública y OIJ, ente otros. Sin embargo, nuestro principal “cliente” sigue siendo el Departamento de Proveeduría, con los formularios y carátulas de expedientes, porque no en todo los despachos se usa el expediente digital; en segundo lugar tenemos al Departamento de Prensa y Comunicación Organizacional, a ellos como se indicó anteriormente, les publicamos el Informativo Judicial, el cual es una edición bimestral con un tiraje de 2.000 ejemplares; también les confeccionan, volantes y afiches para

las pizarras informativas que están en la mayoría de oficinas judiciales, a su vez se les colabora en campañas informativas. También se colabora con informes impresos a la Oficina de Cooperación y Relaciones internacionales, al Departamento de prensa del Ministerio Público, a las diferentes oficinas de OIJ y al resto de oficinas judiciales del país que nos solicitan. Todavía se lleva a cabo la labor de empaste de libros de la Biblioteca Judicial y porta títulos para casos especiales.

### **¿Don José, cuál es el apoyo directo que tiene usted para tanto trabajo?**



Directamente conmigo trabaja la señorita Ileana Salazar en la parte secretarial, quien lleva el control de asistencia, trámites de incapacidades, nombramientos, recibo de solicitudes de trabajo, informe a los usuarios, trámites de viáticos, archivo de artes de originales impresos y documentos en general, así como los informes mensuales de producción. También me acompaña la señorita Vivian González, Asistente Administrativa, en las labores de formulación y ejecución presupuestaria, en los procesos de compras, la contabilidad de costos de producción y control de inventarios de insumos de producción, entre otras labores. Nosotros llevamos a cabo la formulación de nuestro propio presupuesto; a la fecha se nos

ha respetado lo que solicitamos; claro está que hay algunos requerimientos que previamente los exponemos y justificamos a nuestro superior jerárquico, que en este caso es la Directora Ejecutiva. En los presupuestos anuales, siempre incluimos las necesidades de las oficinas, que por diversas razones o a veces por desconocimiento no presupuestaron, ejemplo papeles o materiales para confeccionar rótulos. Por suerte tengo un excelente equipo de apoyo; en este sentido estoy muy satisfecho con la labor de la compañera Vivian González, quien lleva el control de la ejecución presupuestaria y el de las compras de los insumos de producción, convirtiéndose así en mi brazo derecho. Me informa de lo que se puede comprar y lo que queda disponible, eso me permite tomar las decisiones sobre los trabajos que podemos hacer y las limitaciones que tenemos.

En general equipo humano que trabaja en Artes Gráficas, se caracteriza por el compromiso y mística a la hora de hacer los diversos trabajos que nos solicitan; siempre se tiene presente que las cosas se pueden hacer cada vez mejor, por lo cual constantemente se hacen cosas nuevas y mejores a las que se venían haciendo en el pasado.

### **¿Algo más que quiera agregar?**

Que en este año celebraremos 50 años de existencia y estamos preparando una serie de actividades para que una fecha tan importante para todos nosotros no pase inadvertida. Vamos a lanzar el nuevo logo del Departamento, producto de un concurso interno que se hizo a finales del año pasado; planeamos la realización de un video en donde se vea la historia del departamento y el trabajo que realiza nuestro personal entre otras cosas. Hay un ambiente de alegría entre los funcionarios ante esta celebración.

---



# *Reportaje*

---



[Volver al índice](#)





## REPORTAJE GRÁFICO EN HOMENAJE AL



El Departamento de Artes Gráficas, fue creado mediante acuerdo de Corte Plena, en sesión extraordinaria del 6 de mayo de 1971. Durante su primera década estuvo ubicado en el sótano del edificio de la Corte, posteriormente pasó al sótano del edificio del OIJ y en el año 2000 pasó a ocupar un edificio especialmente diseñado para las labores que realiza, en la Ciudad Judicial de San Joaquín de Flores, Heredia.

El Departamento de Artes Gráficas es el encargado de llevar a cabo la mayor parte de los trabajos impresos de las oficinas judiciales de todo el país.

### SECCIÓN DE IMPRESIÓN



*Lic. Henry Miranda Porras, Jefe de la Sección de Impresión.*

Al jefe de sección le corresponde asignar los trabajos que van en impresión offset, digital y los de multicopiado; se encarga de hacer las requisiciones de materiales para cada uno de ellos, supervisa y vela por el adecuado orden de impresión de cada trabajo, el acabado final de los mismos, así como el control de tiempos y materiales que se utilizan.



Los prensistas, son los encargados de imprimir en las máquinas offset y así dar vida a los trabajos en una tinta o a color, en los diversos sustratos (papeles) en que la información queda impresa.



El guillotínista es el responsable de cortar la materia prima (papeles) para los diversos procesos de impresión, ya sea que vayan en prensas offset, multicopiado o impresión láser; a su vez le corresponde darle el corte o acabado final a los trabajos.



La impresión láser (a color) y la impresión en multicopiado (en negro) son actividades de gran demanda por las personas usuarias, por la rapidez en que se imprimen los mismos; son fundamentales para los trabajos que se solicitan con urgencia.





El encuadernador, cuya labor es especializada y artesanal, se encarga de empastar libros, revistas, votos, y todos aquellos documentos que por su uso e importancia, se hace necesario protegerlos y preservarlos.



Los técnicos especializados por su parte, llevan a cabo una serie de labores entre las que se pueden citar: compaginado de textos, engomado de formularios, engrapado de folletos, perforado de carátulas, doblado de despleables, volantes, armado de carpetas, encuadernación rústica de libros y folletos, empaque y remisión de los trabajos terminados a las oficinas solicitantes, entre otros.

## SECCIÓN DE ARTE Y ROTULACIÓN



*Licda. Xiomara Ramírez Freer, de la Jefa Sección de Arte*

La jefa de sección, se encarga de distribuir los trabajos entre los diseñadores y supervisa en primera instancia los artes, lleva el control de tiempos y recursos invertidos en cada trabajo, solicita a la bodega los materiales para realizar las impresiones y coordina la contratación de planchas para impresión offset. Dentro de sus labores esta también la programación de giras de trabajo para rotulación a las diferentes oficinas de todo el país.



El equipo de diseñadores se encargan de darle forma a las ideas o borradores que proporcionan los usuarios de los diversos trabajos (desplegables, afiches, banners, logotipos, volantes, certificados, portadas de libros, diagramación de libros y folletos, entre otros).



Los encargados de la operación de los plotter, se encargan de imprimir y cortar sobre materiales sintéticos (lonas y viniles), papeles, cartulinas, telas, entre otros materiales, mismos que serán trabajados posteriormente por los técnicos en rotulación.



Los técnicos en rotulación se encargan de confeccionar los diversos tipos de rótulos, banners, y documentos en Braille, carpetas, murales para oficinas, bandas esmeriladas viniles esmerilados para ventanas, etc, la instalación de los trabajos se realiza a nivel nacional.



Gran porcentaje de los trabajos que realiza Artes Gráficas son trabajos de rotulación de oficinas, vehículos oficiales del Poder Judicial (administrativos y de OIJ).



También se realizan labores de instalación de viniles sandblating y películas de polarizar, en puertas y ventanas de las oficinas.

*Fotografías: Juan Carlos Brenes Cascante.*

*Nota: El personal de Artes Gráficas llevan en todo momento tapabocas y cumplen con las medidas de seguridad para el Covid. La fotos que aparecen sin tapabocas, se tomaron individualmente colocándose inmediatamente después de tomada.*



---

*Personas que  
colaboraron  
en este número*

---

[Volver al índice](#)



## PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTA EDICIÓN

### **M.SC. DANIEL ARAYA GONZÁLEZ**

Defensor público en materia agraria, Poder Judicial. Licenciado en Derecho por la Universidad De La Salle, Especialista en Derecho Agrario y Ambiental, suma cum laude, por la Universidad de Costa Rica; máster en Derecho Internacional de la Empresa por la OBS Businnes School y la Universidad de Barcelona; mediador y conciliador certificado. Miembro de la Comisión de Litigio Estratégico del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Profesor universitario. darayag90@gmail.com.

### **LIC. ESP. CARLOS JOSÉ CARRERA CASTILLO**

Posgrado, especialista en Derecho Comercial, Universidad de Costa Rica; profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Cátedra de Derecho Comercial. ccarrera@carreraabogadoscr.com

### **M.SC. JEFFRY ANTONIO CHINCHILLA MADRIGAL**

Abogado, asesor legal de la Oficina Jurídica de la Universidad de Costa Rica (UCR). En esta universidad, ha sido profesor en la carrera de Archivística de la Escuela de Historia, en la Maestría Profesional en Diplomacia del Programa de Posgrado en Administración Pública en colaboración con el Instituto del Servicio Exterior —Manuel María de Peralta— del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, así como profesor sustituto de varios cursos en la Facultad de Derecho. Licenciado en Derecho con énfasis en Formación de Jueces y máster en Derecho Público, ambos programas de la UCR. Especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad De La Salle. Actualmente, es doctorando de la Universidad de Navarra, España. Correo electrónico: chinchilla.jeffry@gmail.com

### **M.SC. CARLOS EDUARDO GONZÁLEZ MORA**

Máster en Administración de Justicia, énfasis civil. Juez del Tribunal Colegiado Civil de Primera instancia (San Ramón). Profesor Universitario U.C.R., sede Occidente. cgonzalezmo@poder-judicial.go.cr

### **LIC. ARCELIO HERNÁNDEZ MUSSIO**

Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de las Américas. Un extracto de su tesis de licenciatura fue publicado por la Editorial Universidad de Costa Rica bajo el título Hacia una Nueva Cultura de Seguridad Vial en el año 2003. Es abogado litigante y Notario Público desde el año 2001. Tiene estudios superiores en California, donde cursó estudios generales y obtuvo un grado de Asociado en Artes en el año 1992. Es traductor e intérprete oficial del idioma inglés y perito para el Poder Judicial desde el año 2000. Ha sido profesor universitario de Derecho de Familia y ha escrito varios libros y artículos científicos en diversas ramas del derecho. thankyoulawyer@gmail.com

### **M. SC. MARIO DE JESÚS JIMÉNEZ AGUILAR**

Máster en Administración de Justicia Penal, Universidad Nacional de Costa Rica; licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica; juez contralor propietario, Centro Judicial de Interceptación de las Comunicaciones CJIC. mjimenezag@poder-judicial.go.cr.



**M. SC. MARIANO JIMÉNEZ ZELEDÓN**

Profesor catedrático de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Máster en Derecho Empresarial y en Derecho Tributario. Máster en Administración de Empresas con énfasis en mercadeo y en mejoramiento de la calidad y productividad. Máster en Derecho de la Unión Europea. Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas. Bachiller en Literatura Inglesa. [mjimenez@corbana.co.cr](mailto:mjimenez@corbana.co.cr)

**DR. HAIDEER MIRANDA BONILLA**

Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Italia, tesis con mención de sobresaliente cum laude. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional y especialista en Estudios Internacionales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, Italia. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho (UCR). Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Asesor del Despacho de la Presidencia del Poder Judicial de Costa Rica. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. [haideerm@gmail.com](mailto:haideerm@gmail.com)

**LIC. JOSÉ DANIEL MORA BOLAÑOS**

Licenciado en Derecho y bachiller en Ciencias Políticas por la Universidad de Costa Rica. Bachiller en Ciencias Criminológicas por la Universidad Estatal a Distancia (UNED). Actualmente cursa la Maestría en Derecho Constitucional en la UNED. Es abogado en la Procuraduría General de la República. Ha sido asesor del Ministerio de Justicia y Paz y se desempeña como asesor parlamentario. [jose.mora@asamblea.go.cr](mailto:jose.mora@asamblea.go.cr)

**DR. VÍCTOR EDUARDO OROZCO SOLANO**

Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Juez contencioso administrativo. Antiguo coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. [victorozcocr@gmail.com](mailto:victorozcocr@gmail.com)

**LIC. MAURICIO RAPSO HENRÍQUEZ**

Abogado asociado de ECIJA Legal Costa Rica. Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Profesor de Resolución Alternativa de Conflictos y Técnicas de Negociación en la Universidad Internacional de las Américas. Miembro de la Subcomisión YAF de ICC Costa Rica, del Club Español del Arbitraje – capítulo Costa Rica y de Costa Rican Young Arbitrators. Correo electrónico: [mraps@ecija.com](mailto:mraps@ecija.com)

**M.SC. BÁRBARA SOTO PRATS**

Licenciada en Derecho con Énfasis en Ciencias Forenses por la Universidad de Costa Rica, Especialidad en Derecho Notarial y Registral por la Universidad Fidélitas, Magister en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, Doctoranda en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Ha sido docente en la Universidad Católica y la Universidad Fidélitas. Actualmente se desempeña como Jueza Penal en el Poder Judicial. [barsopra@gmail.com](mailto:barsopra@gmail.com)



**LL. M. VÍCTOR ALONSO VARGAS SIBAJA**

Asesor legal en HIAS Costa Rica, una ONG que brinda servicios legales gratuitos a personas solicitantes de refugio y refugiadas. Cuenta con una maestría (LL. M.) en Derecho Internacional por la Universidad de Cambridge y una licenciatura en Derecho con honores por la Universidad de Costa Rica. Sus trabajos académicos han sido publicados en prestigiosas revistas como el Anuario Mexicano de Derecho Internacional y abarcan diversos temas del derecho internacional como apatridia, pueblos indígenas, crímenes internacionales y derechos de la población LGBTQI+. victorvs93@gmail.com.

**MSC Xinia Fernández Vargas**

Tiene una maestría en Trabajo Social, especialista en derechos humanos de las mujeres y violencia de pareja, doméstica y sexual. Es funcionaria judicial desde 1994, labora en la Secretaría Técnica de Género, instancia encargada de promover, orientar, fortalecer y monitorear los procesos de cambio tendientes a implementar la Política de Igualdad y Equidad de Género en la institución.



## NORMAS BÁSICAS DE PUBLICACIÓN EN LA REVISTA JUDICIAL

El Consejo Editorial de la Escuela Judicial comunica los siguientes lineamientos que las personas Colaboradoras, deben seguir para la edición de los artículos o ensayos de sus publicaciones en la Revista Judicial.

### OBJETIVO GENERAL.

La Revista Judicial es una publicación del Poder Judicial a cargo de la Escuela Judicial y que tiene como objetivo general difundir el conocimiento científico-jurídico desde una perspectiva integral e interdisciplinaria, producto del análisis sobre diversos temas de actualidad, que representen una contribución para el mejor acceso a la justicia.

### PERIODICIDAD

La Revista es una publicación semestral (junio y diciembre) y los artículos a valorarse se reciben con seis meses de antelación a la publicación.

### ENVIO DEL ARTÍCULO

El artículo deberá ser enviado a la dirección electrónica de la Directora de la Revista y de la Revista que aparecen al inicio de esta edición. En este correo deberá indicarse:

#### a) ARTÍCULO INÉDITO

La persona postulante deberá manifestar en el correo donde envía **el artículo que éste es original e inédito, que no ha sido presentado en ninguna otra revista o medio para su publicación, que el documento ha sido elaborado por quien suscribe; y por tanto, no es propiedad ni total ni parcialmente de terceros.** Tampoco se han violado normas éticas antes, durante o después de la realización de la investigación y que como persona autora asume la responsabilidad legal en el caso de que el material presentado sea copia de otro, quedando la Revista Judicial libre de toda responsabilidad. Además que cede los derechos de publicación de modo exclusivo a la Revista Judicial, para que se responsabilice de la impresión, distribución e inclusión en bases de datos nacionales e internacionales del trabajo presentado.

#### b) RESEÑA DE LA PERSONA AUTORA

Los datos generales de la persona autora para su reseña. (calidades, títulos académicos, cargos, correo electrónico, teléfono)

### FORMATO DEL ARTÍCULO

- Deben presentarse los textos con interlineado 1.5.
- El tipo de letra utilizado debe ser times o times new roman 12.
- El tamaño de la página (márgenes) será el utilizado en word tamaño carta. Los márgenes estándar que debe tener el papel de carta son los siguientes: Margen superior e inferior de 2,5 cm, Margen derecho e izquierdo de 3 cm.

- El artículo tendrá una extensión entre 15 y 30 páginas, sin contar bibliografía o anexos.
- Excepcionalmente se podrá publicar artículos de mayor extensión, pero deberá mediar una justificación de la dirección de la Revista por dicha decisión ante el Consejo Editorial.
- Con el fin de alcanzar eficacia comunicativa, se debe redactar el texto en forma clara, sencilla y sin ambigüedades. Es conveniente evitar construcciones recargadas y oraciones muy extensas.
- El texto puede estar dividido en partes y secciones que faciliten su comprensión, y cada sección, si procede, puede dividirse en subsecciones.
- Se presenta la bibliografía al final del artículo y se elabora de acuerdo con las especificaciones que correspondan.
- Se debe emplear el lenguaje inclusivo y se debe evitar la utilización de paréntesis por ejemplo: trabajador(a).

## **NORMAS CHICAGO O APA**

La persona autora podrá elegir al momento de escribir su artículo entre las normas Chicago (sistema notas al pie) o Apa o según le resulte más cómodo; pero en ninguna forma podrá mezclar ambas normas. Ver

## **ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO.**

### **A. PARTES DEL ARTÍCULO:**

- **Título:** claro y conciso.
- **Autor o autora:** escribir el nombre completo con grado académico y el correo electrónico
- **Resumen:** En un solo párrafo, se deben redactar el objetivo del trabajo y las conclusiones en menos de 120 palabras en letra times 10 minúscula. Debe ser claro y explicativo. (Que sea corto).
- **Palabras clave:** 5-7 palabras clave separadas por punto y coma.
- **Título:** en inglés
- **Abstract:** Debe ser exacto al resumen en inglés.
- **Keywords:** palabras clave en inglés.

### **El artículo debe tener:**

- Introducción
- Desarrollo
- Conclusiones
- Bibliografía

### **B. PROCEDIMIENTO:**

Los artículos serán revisados por personas evaluadoras del Poder Judicial o externas. Si no cumple con los requisitos mínimos será rechazado. Si se recomiendan correcciones tendrá quince días naturales para hacerlas.

Las personas valuatoras dictaminarán sobre los siguientes aspectos:

- Un alto contenido académico.
- El aporte de tesis o conocimientos nuevos sobre el tema.
- Las afirmaciones respaldadas con argumentos, teoría o por investigación fáctica.
- La relevancia del trabajo en su campo.
- Un buen uso del idioma.
- Uso de lenguaje inclusivo.
- Una exposición clara.
- Una buena organización de las ideas.
- El empleo de las normas de publicación de artículos científicos avaladas por el Consejo Editorial

**La recepción del artículo de las personas autoras postulantes, no implica el compromiso de publicación automática por parte de la Revista Judicial.**

LAS OPINIONES Y COMENTARIOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS NO REPRESENTAN NECESARIAMENTE EL CRITERIO OFICIAL DE LA REVISTA, LA ESCUELA O EL PODER JUDICIAL, PERO RESPETAMOS LA OPINION DE LAS PERSONAS AUTORAS.

